

Der
Grundsatz der Nichtrückwirkung
von Verwaltungsrechtsnormen

Ein Beitrag zur Lehre des intertemporalen Rechts

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

CHARLES OTT

von Zürich, genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Imboden



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Verwaltungsrechtsnormen

Ein Beitrag zur Lehre des intertemporalen Rechts

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

CHARLES OTT

von Zürich, genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Imboden

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 1. November 1952

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel



Meinen lieben Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung

I. Problemstellung	1
II. Richtlinien	2

1. TEIL

Die Entwicklung des Grundsatzes: Darstellung und Kritik

§ 1 Dogmengeschichte des Grundsatzes der Nichtrückwirkung	5
I. Entwicklung im Privatrecht	
II. Entwicklung im öffentlichen Recht	30
§ 2 Die Frage der Gültigkeit des Grundsatzes im öffentlichen Recht	39

2. TEIL

Die Tragweite des Grundsatzes

§ 1 Die Theorie der wohlerworbenen Rechte und ihr Verhältnis zum Grundsatz der Nichtrückwirkung	46
I. Die Theorie der wohlerworbenen Rechte	
II. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung	49
III. Gegenüberstellung der beiden Prinzipien	52
§ 2 Der Begriff der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung	54
§ 3 Die absolute und relative Bedeutung des Grundsatzes	57
I. Der Grundsatz als absolutes Verbot der Rückwirkung	
II. Der Grundsatz als Ausdruck einer bestimmt gearteten Verhältnisbeziehung	58
A. Die Ausrichtung des Mittels der Rückwirkung auf den Zweck	59
B. Beziehung zwischen dem Zweck, dem Mittel und einem Drittmaß	60

3. TEIL

Rechtstheoretische Erörterung des Grundsatzes

§ 1 Das Problem der Geltung des Rechts	63
I. Der Geltungsbegriff des Rechts	64
II. Der Geltungsgrund des Rechts	65
§ 2 Der Stufenbau des Rechts	67
§ 3 Die Frage der Derogation	71
I. lex posterior derogat priori	72
II. Die Rechtskraft	73
III. Die Lehre von der allgemeinen Rechtskraft	74
§ 4 Folgerungen für den Grundsatz der Nichtrückwirkung	77

4. TEIL

Die Verankerung des Grundsatzes in der Rechtsordnung	81
§ 1 Begründung des Prinzips aus der Idee des Rechtsstaates	82
§ 2 Verankerung des Grundsatzes im schweizerischen Bundesstaat	90

5. TEIL

Die Verwirklichung des Grundsatzes in der öffentlichrechtlichen Praxis der Schweiz

I. Die Widerstände gegen die umfassende Anwendung des Grundsatzes	94
II. Beschränkung in der Erörterung der Praxis	96
III. Die authentische Interpretation	96
IV. Das Beamtengehalt	99
V. Der Pensionsanspruch	104
VI. Die Beschränkung der Amtsdauer und der Wiederwählbarkeit	109
VII. Das Konzessionsverhältnis	113
VIII. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen	118
IX. Steuerleistungspflichten	126
Literaturverzeichnis	138
Periodika und Entscheidungssammlungen mit Abkürzungen	144

EINLEITUNG

I. Problemstellung

Rechtsnormen werden bekanntlich mit vielseitig beschränkter Geltung erlassen. Ihr Geltungsbereich kann z.B. persönlich, sachlich, örtlich, aber auch zeitlich begrenzt sein. In der vorliegenden Arbeit interessiert hauptsächlich der letztgenannte Bereich; denn der zu untersuchende **Grundsatz der Nichtrückwirkung** setzt sich mit der Abgrenzung der zeitlichen Herrschaft von Rechtsgebilden, resp. mit den »Rück«-Wirkungen neuer Rechtsnormen auf Gestaltungen des alten, abgeänderten Rechts auseinander.

Wie entstehen nun bei einer Normänderung überhaupt Rechtsprobleme, und welcher Art sind sie? Darauf ist folgendes zu antworten: Die Rechtsnormen sind nicht um ihrer selbst willen aufgestellt worden, sondern sie versuchen, die Lebensverhältnisse der Rechtsgemeinschaft zu ordnen. Diese Ordnungsfunktion besteht vor allem in der Gliederung und Bewertung natürlicher Tatsachen. Durch entsprechende Qualifizierung werden gewisse natürliche Tatsachen zu juristisch relevanten, sog. juristischen Tatsachen gestempelt. Finden letztere sich in spezifisch, normgemäß bestimmter Art zusammen, so entsteht auf Grund einer Rechtsnorm ein sog. Rechtsverhältnis. Solche Rechtsverhältnisse bringen nun unter den Rechtssubjekten neue, bisher nicht besessene private Rechte und Pflichten zum Entstehen.

Was geschieht aber mit diesen Rechtsverhältnissen und den daraus begründeten Rechten und Pflichten, wenn der die Rechtsverhältnisse ermöglichende Rechtssatz durch eine neue, anderslautende Norm zu ersetzen versucht wird? Sicherlich können nicht beide Rechtsnormen gleichzeitig gelten, denn es ist ein dem Recht immanentes Prinzip, daß sich seine Normen nicht widersprechen sollen¹. Solche Probleme entstehen bei der Normänderung vor allem

¹ Das ergibt sich z.B. aus dem Sinn der Rechtsnorm, daß sie befolgt werden soll. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Normen einander nicht widersprechen.

Vgl. gl.M. Burckhardt: Methode, S. 58,

Imboden: Nichtigkeit, S. 148; Bundesrecht, S. 13.

deshalb, weil im allgemeinen die alten Rechtssätze nichts über ihre »Nachfolge« bestimmen. Ihre Schöpfer beschäftigten sich allzu sehr mit dem Naheliegenden, d.h. mit dem Inhalt und der Inkraftsetzung der Norm. Um ihre Zukunft sind sie dagegen meist wenig besorgt gewesen. Der neue Normgeber seinerseits denkt in erster Linie an die Durchsetzung seines neuen Rechtssatzes. Er will ihm möglichst unbeschränkte Geltung verschaffen; denn er hat das Gefühl, daß seine Norm viel besser sei als die alte Norm, und daß nur bei umfassender Einflußnahme des neuen Rechts sein gesetzgeberischer Wille und Zweck erfüllt werden könne.

In dieser für den Inhaber von Rechten und Interessen aus altem Recht schwierigen Lage, wo das alte Recht ihn schutzlos läßt, und wo der neue Normgeber ihn als Hindernis für eine allgemeine Neuregelung empfindet, ergeben sich nun die verschiedenartigsten Fragen: Hat der Gesetzgeber überhaupt die Kompetenz, die Rechtsgestaltungen der Vergangenheit zu tangieren und zu beeinflussen? Wenn ja, wo sind die Grenzen seiner Zuständigkeit? Kann die neue Rechtsnorm z.B. die Entstehung des altrechtlichen Rechtsverhältnisses sowie die Bildung der subjektiven Rechte und Pflichten nachträglich ex tunc oder ex nunc zerstören oder umgestalten? Oder kann sie wenigstens die zukünftigen Wirkungen eines altrechtlichen Tatbestandes bestimmen? Wie steht es in dieser Beziehung mit dem Tatbestand, der im Zeitpunkt der Normänderung gerade im Entstehen begriffen ist? Hat der urteilende Richter in diesen Problemen gewisse Auslegungsregeln zu befolgen?

Diese und noch weitere damit in Zusammenhang stehende wichtige Fragen werden im allgemeinen als Problem der »Rückwirkung« von Rechtsnormen und damit als Regelungsobjekt des Grundsatzes der Nichtrückwirkung bezeichnet. Es muß jedoch gleich beigefügt werden, daß der Begriff der »Rückwirkung« kaum in der Lage sein dürfte, alle die verschiedenartigen aufgezählten Fragenkomplexe zu umfassen und daß daher die Aufgabe des Prinzips der Nichtrückwirkung in der Theorie teilweise bedeutend enger gefaßt wird ².

II. Richtlinien

Das von uns zu untersuchende Problem des zeitlichen Geltungsbereiches neuer Gesetze soll auf das Gebiet des Verwaltungsrechts beschränkt bleiben. Denn gerade hier stellt sich in neuerer Zeit

² Vgl. darüber ausführlich 2. Teil, § 2.

die Frage der Rückwirkung besonders oft und dringlich³. Im Gegensatz zum Privatrecht ist das Verwaltungsrecht eine relativ junge Wissenschaft, wo noch viele Probleme ihrer Lösung harren. Dazu kommt, daß die vorliegende Frage im Verwaltungsrecht deshalb so oft beantwortet werden muß, weil der Normenbestand in diesem Rechtsgebiet noch nicht so gefestigt und kodifiziert ist, wie im Privatrecht. Es fehlt nicht nur ein allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts, z.B. in der Schweiz. Es fehlt auch eine einheitliche Erfassung des Rechtsmaterials. Dafür dürfen aber nicht einfach die Gesetzgebungsorgane verantwortlich gemacht werden. Es ist vielmehr die zu normierende Materie selbst, die sich gegen die systematisch abschließende Regelung sträubt. Sie ist nicht nur weitschichtig und komplex, sondern in steter Wandlung und Entwicklung begriffen, sodaß eine Ordnung, die vor kurzem der Materie als adäquat erschien, als heute völlig überholt, ja gar unvernünftig gelten muß⁴.

Dies bedingt Aenderungen von bestehendem Recht und Setzung von Rechtsnormen in Lebenskreisen, wo bisher Freiheit bestand. Die Fragen der Rückwirkung des neuen Rechts erscheinen oft gehäuft und brennend, z.B. wenn gewichtige öffentliche Interessen im Hintergrund stehen. Die Praxis der Verwaltungsbehörden und -gerichte hat sich in vielfältigen Entscheiden mit diesen Fragen zu befassen. Meist geschieht das ganz unbewußt, indem irgendwelche Gesichtspunkte, z.B. Zweckmäßigkeitserwägungen, politische oder wirtschaftspolitische Ueberlegungen, in den Vordergrund gestellt und berücksichtigt werden, während die wirklichen Probleme nicht genannt werden⁵.

Hier öffnet sich der Verwaltungsrechtswissenschaft ein großes Arbeitsfeld, das von einer einzelnen Untersuchung nicht erschöpfend erfaßt werden kann. Die nachstehenden Erörterungen sollen vor allem dazu beitragen, eine klare Problemstellung in der Frage des zeitlichen Geltungsbereiches zu Handen des Rechtssetzers und -anwenders heraus zu kristallisieren. Denn wie sich immer wieder zeigt, vermittelt eine richtig gestellte Frage auch bereits weitgehend die richtige Antwort.

3 Blumenstein, MBVR 1921, S. 435: »Die Rückwirkungskraft von Gesetzesbestimmungen . . . hat im Lauf der Zeit eine sehr verschiedenartige Beurteilung erfahren. Auch heute noch kann das Problem juristisch nicht als völlig abgeklärt gelten.« a.M. derselbe, in MBVR 1938, S. 280.

4 Andere Gründe vgl. Kägi, S. 18 ff, 29 ff.

5 Siehe Geering, in VSA 1928, S. 289 ff, welcher die Rechtsprechung der Anwendung von landläufigen Schlagwörtern zeiht.

Der Arbeitsgang dieser Untersuchung ist wohl durch das vorhandene Material vorgezeichnet. Mit dem Kern des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, seiner Entstehung, seinen Zielen und Anwendungsmöglichkeiten hat sich nämlich die publizistische Rechtswissenschaft nur wenig befaßt, obwohl dadurch der verwaltungsrechtlichen Praxis ein wertvolle Hilfe geleistet worden wäre. Die verwaltungsrechtliche Rechtssetzungs- resp. Rechtsanwendungsorgane waren daher in der Regel darauf angewiesen, sich an die detaillierten Untersuchungsergebnisse des Privatsrechts zu halten und diese irgendwie auf das öffentliche Recht anzuwenden. Deshalb ist wohl auch in dieser Arbeit zunächst das durch die privatrechtliche Forschung gesammelte Material zum Rückwirkungsproblem zu sichten. Dabei soll weniger eigene Kritik vorgebracht werden, als vielmehr die widersprechenden Ansichten in der Privatrechtswissenschaft selbst zur Darstellung gelangen. Hernach sind die bisherigen, bedeutenderen Erörterungen der Verwaltungsrechtslehre kritisch zu beleuchten. Gestützt auf diese Theorien soll dann abgeklärt werden, inwieweit der im Privatrecht entwickelte Grundsatz der Nichtrückwirkung auch im Verwaltungsrecht gelten kann.

In einem zweiten Teil haben wir uns der allgemeinen Tragweite des Prinzips der Nichtrückwirkung zuzuwenden, wobei vor allem auch zum konkurrierenden Grundsatz des Schutzes wohlverborener Rechte Stellung zu beziehen ist.

Der anschließende Abschnitt der Arbeit ist der rechtstheoretischen Untersuchung des Problemkreises um den Grundsatz der Nichtrückwirkung gewidmet.

Im vierten Teil der Darlegungen ist eine Verankerung des Prinzips in den Fundamenten des Rechtsstaates, speziell im schweizerischen Bundesstaat vorzunehmen.

Diese für den Grundsatz der Nichtrückwirkung im Privatrecht wie im öffentlichen Recht geltenden Ausführungen sollen hierauf im fünften Teil durch eine kritische, mosaikartige Darstellung der einheimischen Verwaltungsrechtspraxis zum Prinzip ergänzt werden.

I. TEIL

Die Entwicklung des Grundsatzes: Darstellung und Kritik

§ 1 Dogmengeschichte des Grundsatzes der Nichtrückwirkung

I. Entwicklung im Privatrecht

Im »Grundsatz der Nichtrückwirkung« steckt die klare Behauptung, daß unser Problem — dessen Ausmaß wir einleitend knapp umrissen haben — prinzipiell im Sinne der Nichtrückwirkung neuen Rechtes zu lösen sei. In der Tat sind sich fast alle Theoretiker, Gesetzgeber und Richter einig, daß ein derartiger Rechtsgrundsatz besteht, d.h. daß die Lösung des Problems grundsätzlich in der Verneinung der Rückwirkung zu suchen ist¹. Sinn und Bedeutung des Grundsatzes jedoch stehen trotz dieser allgemeinen Anerkennung keineswegs fest. Ob er nämlich ein oberstes Gebot ist², ob er daher für Gesetzgeber und Richter eine unüberwindliche Schranke bedeutet³, oder ob er bloß ein vergängliches, rechtspolitisches Postulat darstellt, ist seit Jahrhunderten umstritten. Die Analyse der sich widersprechenden Ansichten soll die erste Aufgabe der vorliegenden Untersuchung sein. Ihr kann sich vielleicht eine Synthese der gefundenen Thesen und Antithesen anschließen, wenn sie nützlich erscheint.

1 Vgl. ausführlich unten 5. Teil.

2 Siehe unten 3. Teil, § 4.

3 Vgl. 4. Teil, § 1.

Die Geschichte des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ist eine solche seiner Herauskristallisierung, seiner Vertiefung und weitem Verbreitung. Sie zeigt auch, daß er nicht eine zufällige, nun eingebürgerte Erscheinung, sondern der Ausdruck einer speziellen geistigen Haltung der Menschen ist.

Zwei Angelpunkte dominieren die gesamte Entwicklung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung: Der eine ist das römische Recht, der andere die Lehre von den wohlerworbenen Rechten.

Die Juristen der Neuzeit stießen zum ersten Mal auf den Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen bei der Erforschung des römischen Rechtes, und zwar in der *lex 7 c. de legibus I 14*:

»*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi n o m i n a t i m et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*«^{4 5}.

Es waren vor allem die **Pandektisten**, welche die Forschung im römischen Recht auch in dieser Richtung weiter trieben. Sie gelangten dabei zu den Ergebnissen, wie sie unter anderem von Affolter in Band I seines umfangreichen Werkes vermittelt werden⁶.

In den **römischen Volksrechten** konnte der Grundsatz der Nichtrückwirkung nicht nachgewiesen werden. Dies schrieben die Gelehrten dem Umstande zu, daß die untersuchten Rechte lediglich aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht darstellten. Das Gewohnheitsrecht aber bildet sich — im Gegensatz zum starren gesetzten Recht — organisch, harmonisch fort. In seiner Entwicklung finden sich keine Grenzen und Zäsuren, die ja nur dadurch entstanden, daß sich das Recht dem fortgeschrittenen Rechtsgefühl erst nachträglich und »ruckweise« anpaßt. Im Gewohnheitsrecht ist das Recht und das Rechtsgefühl praktisch identisch. Die Frage des zeitlichen Geltungsbereiches von Rechtsnormen existiert da gar nicht, wo keine zeitliche Grenzen vorhanden sind, resp. die Uebergänge fließend sind⁷.

Die Rede **Cicero's** gegen Verres ist eine der ersten Quellenstellen, die auf das Bestehen des Grundsatzes der Nichtrückwirkung hinweisen⁸. Cicero entfachte nämlich im Jahre 74 vor Christus eine seiner gefürchteten Brandreden gegen Verres, den praetor urbanus, weil dieser seinen Edikten Rückwirkung beigelegt hatte. Die Rück-

4 Vgl. auch Savigny, VIII, 393; Göppert, S. 5.

5 Vgl. weitere Funde bei Affolter, I, S. 70 ff.

6 S. 19—114.

7 Vgl. Gierke, S. 186, Göppert, S. 14, Affolter, I 19 f, 115 ff.

8 Cic. Verr. Act. II, lib I, c. 42 und 108.

wirkung hatte die Ungültigkeit aller Testamente, die vor Erlaß des Ediktes ergangen waren, zur Folge, und bedeutete einen schweren Schlag in jenen Fällen, wo der Testator bereits gestorben war⁹. Cicero's freiheitlich-individualistisches Rechtsgefühl lehnte sich gegen eine solche Ungerechtigkeit auf und kam in der genannten Rede deutlich zum Ausdruck. Diese Rede ist jedoch nicht das einzige Indiz aus jener Epoche; Affolter belegt nämlich noch weitere Quellen, die beweisen, daß in republikanisch-klassischer Zeit jegliche Rückwirkung von Rechtsnormen verboten und verpönt war¹⁰.

Die absolutistischen Herrscher der nachfolgenden Kaiserzeit empfanden eine solche Grundkonzeption selbstverständlich als einen Hemmschuh ihrer Willkür. Sie versuchten daher, den Grundsatz der Nichtrückwirkung in seiner umfassenden, auch den Gesetzgeber bindenden Kraft zu beschränken. Schlauerweise warfen sie das im Rechtsgefühl des Volkes verwurzelte Prinzip nicht einfach über Bord, sondern bestätigten es ausdrücklich, um aber in der Praxis genau das Gegenteil zu machen¹¹. Theodosius II. lehnte sich mit seiner Neuformulierung des Grundsatzes an die früheren kaiserlichen Bestätigungen an, paßte ihn aber den tatsächlichen Gegebenheiten an. In dieser neuen Umschreibung nahm später **Justinian** das Prinzip in sein **Corpus iuris civilis** auf¹².

In der Formulierung von Theod. II. hatte der Grundsatz der Nichtrückwirkung sehr stark an Bedeutung verloren, denn die wichtigste Schranke, diejenige gegenüber dem Gesetzgeber, war gefallen (*»nisi nominatim cautum sit«*). Der Grundsatz konnte somit lediglich noch eine gesetzliche Vermutung, ev. nur noch eine Auslegungsregel sein.

Mit dem Untergang der römischen Kultur verschwand auch der Grundsatz der Nichtrückwirkung. Das mag wohl ein Indiz für die Behauptung sein, daß der Grundsatz keine Selbstverständlichkeit

9 Bei praetor. Edikten trat die Frage der Rückwirkung besonders zutage, da die Amtszeit der Praetoren sehr kurz war und die Nachfolger nicht an die Edikte ihrer Vorgänger gebunden waren.

10 Göppert: S. 20 ff,
Affolter: I S. 23 ff.

11 Vgl. zb. Theod. I in lex 3, c. Th. de constit. 1, 1: **Omnia constituta non praeteris calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt.**

12 Zu dieser Scheinblüte des Grundsatzes: Savigny: VIII, S. 395

Göppert: S. 20 ff, sowie vor allem

Affolter: I S. 64 ff: treffend zur Praxis der römischen Kaiser: *»Qui s'ex-cuse, s'accuse«* (S. 65).

ist, daß er sich aber auch nicht aus der Natur der Sache oder des Rechts ergibt, wie dies schon so oft behauptet worden ist¹³.

Den Ueberrest seiner früheren Blütezeit rettete der Grundsatz der Nichtrückwirkung im **kanonischen Recht**. Doch da kam er auch nur in Frage, insoweit das *ius humanum* angewandt wurde. Das *ius divinum* beanspruchte seiner Natur nach schärfste Rückwirkung. Das *ius humanum* hingegen wurde zunächst nach der alten republikanischen Regel gehandhabt, d.h. der Grundsatz der Nichtrückwirkung war auch für den kirchlichen Gesetzgeber bindend¹⁴.

Die Päpste der späteren Kaiserzeit bestätigten das Prinzip der Nichtrückwirkung nur noch in der abgeschwächten Form, welche ihm die byzantinischen Kaiser gegeben hatten. In dieser Prägung ist er erstarrt, d.h. bis auf den heutigen Tag unverändert geblieben. Canon 3, 4, 10 und 17 § 2 des Codex iuris canonici von 1918 regeln die Frage der Rückwirkung in diesem Sinne mit einer Gründlichkeit und Detaillierung, die ihresgleichen sucht¹⁵.

Erst in der Zeit des Humanismus und der Renaissance, wo wieder nach dem Kulturgut der Antike geforscht wurde, holte man den Grundsatz aus der Vergessenheit hervor. Vor allem die **Glossatoren und Postglossatoren** nahmen sich dieser alten Rechtsregel an. Ihr Ausgangspunkt für die Untersuchungen war aber weniger die Formulierung des römischen Rechts, als vielmehr die Theorie der wohl-erworbenen Rechte. In diese Epoche der Emanzipation des Individuums reichen nämlich die Wurzeln der Theorie der wohl-erworbenen Rechte zurück. Bartolus, Fellinus und Jacobus de Belviso sind diejenigen Forscher, welche uns den Begriff des *ius acquisitum*, des erworbenen Rechts zuerst vermitteln¹⁶.

Besondern Anlaß zu diesen Untersuchungen gab die zeitbedingte Tendenz, gewisse Einzelrechte, die dem Individuum speziell wert-

13 Einzelne Forscher haben sich die Mühe genommen, die Rechte anderer Völker auf das Bestehen des Grundsatzes der Nichtrückwirkung zu untersuchen. Sie fanden dabei heraus, daß z.B. die Griechen, Aegypter, Chinesen und Inder ihren Gesetzen grundsätzlich Rückwirkung beilegen, vgl. dazu Lassalle, S. 9 ff, 62 ff.

14 Ausführlicher Affolter: I, S. 152 ff.

15 Vgl. ausführlich Eppler: S. 133 ff.

16 Dazu die Darstellung von Affolter: I, S. 247 ff. Affolter glaubt allerdings daß der Gedanke des erworbenen Rechts bereits im römischen Recht enthalten gewesen sei, und zitiert dazu c. 65 de decurionibus von Anastasius (vgl. S. 247 N. 4 und S. 175).

Dort ist in der Tat von einem *ius acquisitum* die Rede, ungefähr in der Bedeutung, wie wir es heute kennen.

Ebenso Göppert: S. 6.

voll erschienen, der Willkür der meist absoluten Herrscher zu entziehen. Die Rechtsgelehrten unterstützen solche Bestrebungen und prägten für diese »Individualrechte« den wohl dem römischen Recht entnommenen **Begriff des ius acquisitum, des sog. wohlerworbenen Rechtes**. Dabei wurden nicht nur die Rechte näher erörtert, sondern auch die Voraussetzungen aufgestellt, unter denen derartige Rechte als wohlerworben gelten konnten. In Verbindung mit dieser Lehre wurde auch der Grundsatz der Nichtrückwirkung weiter gepflegt. Allerdings ist klar, daß er in dieser Gemeinschaft weniger weittragende Konsequenzen besaß. Sollten vorher, d.h. nach klassisch-römischen Recht, alle unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisse und juristische Tatsachen durch das neue Recht unberührt bleiben, so wurde eine Immunität gegenüber dem neuen Rechte nur noch bei diesen weniger zahlreichen, speziellen Rechtsverhältnissen mit wohlerworbenen Rechten proklamiert. Doch vorläufig bewährte sich die Verbindung; denn die Lehre gestaltete im Laufe der Zeit die wohlerworbenen Rechte zu einer Rechtskategorie, an welcher es nichts zu rütteln gab.

Die ersten Systematisierungsversuche des Grundsatzes sind uns von **Jacobus de Belviso** überliefert¹⁷. Den Höhepunkt dieser mittelalterlichen Forschung erreichte wohl aber unstrittig **Fellinus Maria Sandaeus**¹⁸.

Sein Werk vermittelt eine prächtige Uebersicht über den gesamten damals bekannten Stoff und die verschiedenen bestehenden rechtlichen Regelungen. Typisch für Fellinus und seine Zeitgenossen ist, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung — wie bereits ange-tönt — als absolut feststehend betrachtet worden ist. Fellinus beschränkt sich denn auch auf wenige Belegstellen für die Positivität des Prinzips. Seine Hauptaufgabe sieht er in der Zurückführung jeder bekannten intertemporalrechtlichen Regelung auf den Grundsatz: »constitutio futura respicit et non praeterita nisi de praeteritis in ea caveatur.« Wo ihm dies nicht gelingt, versucht er Ausnahmeregeln zu konstruieren und zu begründen. Interessanterweise sind die von ihm gefundenen 10 Ausnahmen (fallentiae genannt) — diese beanspruchen übrigens den größten Raum in Fellinus' Werk — alles Erscheinungen, die die Schriftsteller des 19. Jahrhunderts ebenfalls

¹⁷ Vgl. dazu die gründlichen Forschungen von Affolter, I, S. 249—264; ebenso Göppert, S. 6.

¹⁸ Schulte, II, S. 350; Affolter, I, S. 264 ff. Folgendes nach den dort zitierten Quellenstellen.

herausgreifen und diskutieren¹⁹. Um Wiederholungen zu vermeiden, sollen sie daher erst im Zusammenhang mit den Autoren des 19. Jahrhunderts erörtert werden.

Fellinus stellt wohl als erster die später von Affolter und andern scharf formulierte »materielle« Voraussetzung für die ausnahmsweise Rückwirkungsbestimmung durch den Gesetzgeber auf: Es muß das Rechtsgefühl sich geradezu gegen die alte Rechtsordnung auflehnen, weil sie der nun herrschenden Moral nicht mehr entspricht^{20 21}.

Vom 17. Jahrhundert an bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts finden wir keine wichtigen Werke. Erwähnenswert sind lediglich zwei Monographien, die zur Hauptsache auf der Lehre von den wohl erworbenen Rechten fußen, aber die vorgängige Literatur nur mangelhaft kennen^{22 23}.

Im **germanischen Recht** hat der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Rolle gespielt. Wohl bestimmten einzelne, z.B. fränkische, westgotische und burgundische Gesetze, daß sie auf erledigte Sachen nicht anwendbar seien^{24 25}. Diese Bestimmungen verdichteten sich jedoch nicht zu einer allgemeinen Rechtsregel. Abgesehen davon hatte man auch meist kein Bedürfnis nach einer solchen, da in diesem Rechtskreis das Gewohnheitsrecht vorherrschte, wo ja unser Problem nicht aktuell ist. Erst mit der Rezeption des in Oberitalien umgeformten römischen Rechts machte sich der Grundsatz auch im germanischen Rechtsgebiet geltend.

Die erste der bekannten Kodifikationen, das **preussische allgemeine Landrecht** (ALR) von 1794 lehnt sich in seinem Einleitungsartikel 14, sowie in Ziffer 8 des Publikationspatentes bewußt an das gemeine Recht an²⁶. § 14 ALR, Einl. lautet:

19 Vgl. Fellinus, fallentia 1 und 3 z.B.

20 Vgl. dazu Affolter I S. 294

21 Deutlich z.B. fallentia II.

22 Dissertationen von Ch. H. Mühlefort (Jena 1681) »De vi legis in praeteritum«, sowie von E. Ch. Zinckernagel (Erfurt 1737) »Dissertatio iuridica de legibus ad praeterita trahendis«.

23 Bergmann, S. 21 ff; Göppert, S. 6; Affolter, I, S. 296 ff.

24 Vgl. Gierke, S. 187, Anm. 4

Affolter, I, S. 150 f, 174 ff.

25 Ansätze zu dieser Regel können z.B. im Appenzeller Landbuch von 1409 resp. seinem Zusatzartikel 96 von 1536 festgestellt werden.

26 Bergmann, S. 209;

Affolter, I, S. 205.

»Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden.«

Ziffer VIII des Pp. ergänzt wie folgt:

»So wie überhaupt ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht gezogen werden mag, so soll dieser Grundsatz auch bei der Anwendung des gegenwärtigen Landrechts beobachtet und dabei im Allgemeinen nur auf die in §§ 14—20 der Einleitung vorgeschriebenen Bestimmungen Rücksicht genommen werden; wie wir denn überhaupt ausdrücklich verordnen, daß ein Jeder, welcher sich zur Zeit der Publikation dieses Landrechts in einem nach bisherigen Gesetzen gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder Rechts befindet, dabei gegen Jedermann geschützt und in dem Genusse oder in der Ausübung dieser seiner **wohlerworbenen Gerechtsame** . . . nicht gestört oder beeinträchtigt werden soll.«

Aber auch schon die Erklärung der Menschenrechte enthielt in Art. 14 das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen, eine Regel, welche sich allmählich ebenfalls neben der Lehre von den wohlerworbenen Rechten herausgebildet hatte. Die französische Verfassung von 1792 statuierte in Anlehnung an diese Bestimmung in ihrem Art. 14: »Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif. Der heute noch geltende Code Civil bestimmt in Art. 2 klipp und klar:

»La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif.«

Von dieser einflußreichen Kodifikation aus fand der so allgemein ausgesprochene Grundsatz der Nichtrückwirkung Eingang in fast allen Gesetzgebungen der Welt. Wohl wurde er teilweise nicht ausdrücklich statuiert; aber dann geschah dies nur, weil er geradezu als selbstverständlich empfunden wurde²⁷. Wie **Rüttimann** in seinem bekannten Werk über das amerikanische Bundesstaatsrecht zeigt²⁸, besteht dieser Grundsatz der Nichtrückwirkung von Rechtsätzen auch in der amerikanischen Verfassung, Art. 1 Sekt. IX, § 3: »No bill of attainder or ex post facto law, shall be passed.« Auch in

²⁷ Dazu Göppert, S. 30—34.

²⁸ »Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht«, 2. Teil, erste Abteilung, S. 177 ff (Zürich 1871).

England gilt dieser Grundsatz gemäß Gewohnheitsrecht²⁹. In den Verfassungen von Griechenland (vom 17. 5. 1827, § 19) sowie von Norwegen (vom 1. 1. 1814, § 97) wurde er als Schranke für den Gesetzgeber aufgenommen. Auch das ABGB § 5, viele deutsche Partikularrechte sowie schweiz. Gesetzgebungen befolgten oder statuierten den Grundsatz³⁰.

Und doch ist wohl kaum zu einer Zeit dieser Grundsatz der Nichtrückwirkung weniger befolgt worden, als um die Wende des 18./19. Jahrhunderts. Wie viele Schriftsteller^{30a} betonten, war die französische Kontinentalherrschaft gekennzeichnet durch die Schonungslosigkeit in jeder Beziehung. Alle Gesetze wurden — selbstverständlich bewußt rückwirkend — aufgehoben, und an ihre Stelle »ewige« Gesetze gestellt. Ähnlich wie in der spätrömischen Kaiserzeit wurde das Prinzip umso lauter verkündet, je mehr es in Wirklichkeit mit den Füßen getreten wurde. Hatte man bis anhin den Grundsatz nur aus dem römischen Recht als geltendem Recht abgeleitet, so wurde nun versucht, das Problem der zeitlichen Abgrenzung von Rechtssätzen durch Fiktionen oder »aus der Natur der Sache« zu lösen³¹. Beispiele dafür sind das Werk von A. D. Weber und der Schrittmacher des Code Civil, Chabot de l'Allier, mit seinem großen Opus von 2 Bänden³².

Das Ende der napoleonischen Herrscherzeit bedeutete zugleich einen erneuten Wechsel der Gesetze. Die zweimalige Aenderung der Gesetzgebung innert kürzester Zeit bereitete der Praxis selbstverständlich große Schwierigkeiten und Probleme, die anhand des Grundsatzes der Nichtrückwirkung zu lösen waren. Dazu bedurfte es aber einer eingehenden Kenntnis seiner Tragweite und Bedeutung. Die geistige Strömung des Liberalismus und des damit verbundenen Schutzes des Individuums regte ebenfalls sehr zur Erarbeitung dieser Kenntnisse an. Auch die im 19. Jahrhundert aufblühende Pandektenwissenschaft erforschte das Problem des zeitlichen Geltungsgebietes, und damit auch unseren Grundsatz. So konnte sich das Prinzip der Nichtrückwirkung wissenschaftlicher Forschung nicht

²⁹ Göppert, S. 33;

Affolter, I, S 398.

³⁰ Vgl. auch Wyß, ZSR 3, S. 124 ff, bes. N. 1.

^{30a} z.B. Meyer: *Principes sur les questions transitoires*, Amsterdam 1813; ebenso Weber (siehe Literaturverzeichnis) und

Rudhart: *Controversen im Code Napoléon*, 1. Abt., Würzburg 1813.

³¹ Göppert, S. 9.

³² *Questions transitoires sur le Code Nap., relatives à son autorité sur les actes et les droits antér. à sa promulgation*, Paris 1809, 2 tomes.

beklagen. Doch ist es wohl so, wie Pfaff-Hofmann³³ resigniert feststellt: Es entstand viel Literatur über das Problem, doch wurde zu wenig sein Kern erforscht, von dem aus erst die Lösung gefunden werden könnte. Man blieb allzu sehr an den Begriffen hängen.

Wenn auch die wissenschaftliche Klärung des Problems der Rückwirkung weniger große Fortschritte gemacht hat, als man nach dem Umfang der Literatur erhoffen konnte, so waren die verschiedenen Ausführungen doch wertvolle rechtspolitische Leitlinien für die Gesetzgeber und übrigen Rechtsanwender³⁴.

Selbstverständlich können im Rahmen dieser Arbeit nicht alle Autoren, die über dieses Thema geschrieben haben, berücksichtigt werden. Das würde zudem zu einer gewissen Monotonie führen, da sehr viele Ausführungen miteinander übereinstimmen. Die Autoren des 19. Jahrhunderts haben eines gemeinsam, sie widmen ihre Untersuchungen in erster Linie der Theorie der wohlerworbenen Rechte. Sei es, daß sie sie ausbauen wollen, sei es, daß sie sie ablehnen und kritisieren. Deshalb werden die folgenden Ausführungen eher den Eindruck einer Kritik der Theorie der wohlerworbenen Rechte als unseres Grundsatzes erwecken. Es kommt nicht von ungefähr, daß z.B. Affolter die Literatur des 19. Jahrhunderts nicht chronologisch, sondern nach ihrer Stellung zu dieser Theorie behandelt. Dabei unterscheidet er nicht nur nach den Befürwortern und den Gegnern dieser Lehre. Er gliedert ihre Verteidiger auch nach der Konzeption des wohlerworbenen Rechtes; denn dessen Umfang und Bedeutung stand damals und steht heute — zum großen Nachteil der ganzen Lehre — noch nicht sicher fest.

Der typische Schriftsteller aus der Zeit der französischen Kontinentalherrschaft ist **Adolf Dietrich Weber**. Wie schon erwähnt sind die Autoren seiner Zeit in einer Zwangslage, die durch den von den Franzosen ausgeübten Gesinnungsterror geschaffen wurde.

Weber begnügt sich damit, die Taten der umwälzenden fremden Macht schmeichlerisch wissenschaftlich zu begründen und im übrigen möglichst wenig juristische Hindernisse gegen diese Allgewalt aufzurichten. So lehnt er die Lehre von den wohlerworbenen Rechten ab, da sie ja bloß eine »zusätzliche Komplizierung« des an sich

³³ S. 113.

³⁴ Man studiere nur einmal die Uebergangsbestimmungen des BGB und des ZGB, um festzustellen, daß sie ein getreues Spiegelbild der Erkenntnisse des 19. Jahrhunderts sind.

schon schwierigen Problems bedeute³⁵. Weber stellt sich aber auch in Gegensatz zum damals bereits verkündeten Prinzip der Verlässlichkeit der Gesetze³⁶. Man dürfe sich nämlich nicht auf die Beständigkeit des geltenden Rechtes verlassen, sondern müsse die Aufhebung eines Gesetzes und die damit verbundenen Folgen ohne weiteres akzeptieren. Man habe absolut keine Ansprüche an eine Rechtsordnung, denn man sei quasi um ihretwillen da, nicht umgekehrt.

Diese Grundhaltung kommt auch im zweiten Teil des Werkes von Weber, d.h. in seiner eigentlichen Lehre von der Rückwirkung positiver Gesetze zum Ausdruck, Weber sieht keinen Grund für eine Nichtrückwirkung eines Gesetzes. Die Rückwirkung hat in ihrem Ausmaß lediglich eine einzige logische Grenze, die darin besteht, daß ein neues Gesetz nicht schon vor seiner Bekanntgabe gegolten haben kann³⁷.

Dem Einfluß des neuen Rechts unterliegen daher nicht nur die unter seiner Geltung entstandenen Rechtsverhältnisse, sondern auch alle künftigen Wirkungen altrechtlicher Tatbestände, alle penden- ten Rechtsverhältnisse sowie »jegliche Folgen des alten Rechts, welche nicht bloß von der ursprünglichen Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses abhängen«³⁸. Es ist nach Weber eine »ausgemachte Wahrheit«, die sich aus der »Natur der Sache« ergibt, daß ein neues Gesetz mit seiner Bekanntmachung unbeschränkt gilt. Seine vollständige Durchsetzung kann daher nicht »ungerecht« sein³⁹. Um die Rückwirkung besser bestimmen zu können, teilt er die Rechtsordnung in verschiedene Gesetzestypen ein und findet dabei, daß sog. aufhebende Gesetze wohlerworbene Rechte nicht verletzen können; denn in ihrem Bereich gibt es solche gar nicht⁴⁰. Erneuernde, bestätigende und erklärende Gesetze haben der Natur der Sache nach Geltung für altrechtliche Tatbestände⁴¹. Dies gilt auch von den authentischen Interpretationen⁴².

35 § 21, S. 40 ff.

36 S. 82

37 Vgl. aber die diesbzügliche unzutreffende Kritik von Savigny in Band VIII, S. 391, S. 403 f und dazu Weber S. 54—69.

Weber meint dabei ganz einfach, daß es nicht möglich sei, mit Hilfe der Rückwirkung Geschehenes ungeschehen zu machen.

38 S. 73 ff und vor allem S. 44.

39 S. 47.

40 § 78.

41 § 78.

42 Vgl. S. 66 f.

Die folgende Zeitepoche hatte besonders mit dem Problem der napoleonischen Zwischengesetzgebung zu kämpfen. Vor und nach der Fremdherrschaft bestand nämlich im wesentlichen das gleiche Recht. Was sollte nun mit dem Zwischenrecht geschehen? Selbstverständlich zeigte man gegenüber dieser Rechtsordnung nicht mehr Ehrfurcht, als man sie gegenüber dem alten Recht gezeigt hatte. Doch hatte man andererseits das Bestreben, die aus dem römischen Recht bekannten intertemporalrechtlichen Grundsätze wieder voll anzuwenden; denn die Folgen ihrer Mißachtung waren während der Fremdherrschaft stark fühlbar geworden.

Dieser Zwiespalt in der Auffassung über die Bedeutung des Prinzips zeigte sich besonders deutlich in der Arbeit von **Friedrich Bergmann**^{43 44}. Während er in seinen theoretischen Ausführungen für eine beinahe absolute Rückwirkungskraft der Rechtsnormen plädiert, bekennt er sich bei der Kritik von praktischen Einzelfällen doch zum Schutze gewisser subjektiver Rechte⁴⁵.

Seine Rückwirkungstheorie leitet Bergmann vom »Wesen der Sache«, resp. dem »Charakter des Gesetzes« ab. Das Wesen der Gesetze verlange, daß in jedem Augenblick ihrer Gültigkeit nach ihren Anweisungen gehandelt werde. Auf das Problem der »Rückwirkung« angewandt, bedeutet dieser Befehl, daß nach Erscheinen der neuen Normen rechtliche Wirkungen nur noch von ihnen ausgehen können, ob nun altrechtliche oder ob neue Tatbestände in Frage stehen. Zwar gebiete die Billigkeit eine Beschränkung der Rückwirkung neuen Rechts, vor allem was die abgeschlossenen, erledigten Wirkungen altrechtlicher Tatbestände anbetrifft. Doch hat der Gesetzgeber freie Hand⁴⁶. Er ist nicht zu Milde oder Schonung verpflichtet, wenn er dem natürlich besseren und richtigeren neuen Recht möglichst umfassende Anwendung sichern will^{47 48}.

Angesichts der unbefriedigenden und ungerechten Resultate, welche auf Grund der Bejahung der gesetzgeberischen Allmacht im Sinne Bergmanns entstehen, gelangt aber auch dieser Autor bei der Behandlung von Einzelfragen zur Auffassung, daß es gewisse, nicht einmal vom Gesetzgeber antastbare Rechte geben müsse⁴⁹.

43 Vgl. Göppert, S. 11; Pfaff und Hofmann, S. 314.

44 Affolter, I, S. 636.

45 Gl. M. Affolter, I. S. 633.

46 S. 16 ff und insbesondere S. 54 f.

47 S. 11 ff.

48 In Bezug auf die Härte des Gesetzes vgl. S. 45 ff.

49 Vgl. den 2. Teil seines Werkes.

Der wertvollste Teil der Arbeit Bergmanns ist wohl seine Darstellung der römischen Rechtsgrundsätze⁵⁰. Bergmann arbeitet als erster klar heraus, daß im römischen Recht nicht nur die vergangenen, abgeschlossenen Wirkungen altrechtlicher Tatbestände geschützt worden sind. Vielmehr genossen unter Umständen auch zukünftige Wirkungen altrechtlicher Tatbestände, ja sogar bloße Erwartungen und Hoffnungen, die ans alte Recht geknüpft worden waren, einen gewissen Schutz⁵¹. Anhand der profunden Untersuchung des römischen intertemporalen Rechtsgrundsatzes kann Bergmann belegen, daß der Gedanke des Schutzes wohlervorbener Rechte dem Prinzip der Nichtrückwirkung von Gesetzesbestimmungen nicht voll gerecht werden kann: Zwar bedeutet jede Verletzung eines wohlervorbenen Rechts eine Beeinträchtigung des fraglichen Grundsatzes, aber nicht jede Verletzung des Grundsatzes involviert bereits die Lädierung eines wohlervorbenen Rechts⁵².

Diese wichtige Erkenntnis vermochte sich jedoch nicht durchzusetzen, wie das Studium des folgenden, unstreitig einflußreichsten Werkes auf dem Gebiete des intertemporalen Rechts zeigt. **F. C. von Savigny** stellt an die Spitze seiner Ausführungen über den zeitlichen Geltungsbereich^{52a} die Behauptung, daß die Lehre über den zeitlichen Geltungsbereich von Rechtsnormen von zwei identischen Grundsätzen beherrscht werde. Die Schlagworte:

1. Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen, und
2. Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen,

haben nach seiner nicht näher begründeten Meinung den gleichen Sinn und die gleiche Tragweite. Beide Maximen sind nach Savigny anerkannt wichtig; aber sie gelten nur für eine Art von Rechtsregeln, nämlich für diejenigen über den Erwerb von Rechten. Die Rechtsregeln über das Dasein der Rechte stehen deswegen nicht unter diesen beiden Prinzipien⁵³. Solchen Rechtssätzen Nichtrückwirkung beizulegen, würde seiner Ansicht nach bedeuten, sie sinnlos zu machen; »denn dann könnte ihr Zweck meist gar nicht erfüllt werden«⁵⁴.

50 Vgl. S. 78 ff.

51 Z.B. S. 103 ff.

52 S. 254 ff.

52a Band VIII seines »**System des heutigen Römischen Rechts**« ist ausschließlich dem örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich der Gesetze gewidmet.

53 § 384.

54 S. 514—540.

Obwohl Savigny für diesen Dualismus der Rechtsregeln keine tiefere Begründung angibt, sondern sie lediglich an einigen extremen Beispielen rechtfertigt, hat er damit das intertemporale Recht bis zum heutigen Tag grundlegend beeinflusst. Seine Unterscheidung von Rechtsregeln über den Erwerb von Rechten und solche über das Dasein der Rechte ist in den Köpfen der meisten Rechtstheoretiker und -praktiker zur unumstößlichen Tatsache geworden.

Neben den Rechtssätzen über das Dasein der Rechte findet Savigny noch weitere Klassen von Gesetzen, bei denen die Rückwirkung nicht nur zu vermuten, sondern sogar »angeboren« ist⁵⁵. Gesetze »streng positiver, zwingender Natur« sind die wichtigsten dieser Gruppe. Solche Normen reichen »ihrer Natur nach über das einzelne Menschenleben hinaus, sind zu einer endlosen Fortdauer bestimmt und gehen nur zufällig im einzelnen Fall unter.« »Ihre Wurzeln liegen außerhalb des reinen Rechtsgebietes«, indem sie mit sittlichen, politischen, wirtschaftlichen und religiösen Gründen im Zusammenhang stehen. Für diese Gesetzeskategorien mit angeborener Ausschließlichkeit bejaht Savigny die Rückwirkung sogar soweit, daß auch die vergangenen Wirkungen altrechtlicher Tatbestände durch die neue Norm berührt werden können⁵⁶.

Nur bei den Normen über den Erwerb von Rechten vertritt Savigny die in der Folgezeit von allen Theoretikern und Praktikern anerkannte Auffassung der Nichtrückwirkung von Gesetzen. Er versucht dabei zunächst den Begriff der Rückwirkung klarzulegen, um nachher bestimmen zu können, was der Grundsatz der Nichtrückwirkung bedeutet. Rückwirkung »darf nicht in buchstäblich, materiellem Sinn aufgefaßt werden, das Geschehene ungeschehen zu machen.« Es ist nach Savigny darunter die Einwirkung des rückwirkenden Gesetzes auf Folgen der vergangenen juristischen Tatsachen zu verstehen, wobei vergangene und zukünftige oder nur zukünftige Folgen betroffen werden können. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung verbietet somit im Prinzip jegliche Beeinträchtigung der möglichen Folgen von altrechtlichen Tatbeständen über den Erwerb von Rechten⁵⁷.

Die beiden Thesen des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, welche oben S. 16 dargelegt worden sind, haben für den Gesetzgeber wie für den Richter Geltung⁵⁸. Der Gesetzgeber soll neue Ge-

55 S. 530 ff.

56 S. 519.

57 S. 382.

58 Vgl. für Folgendes S. 389 ff.

setze — es ist hier und im Folgenden immer nur von Gesetzen über den Erwerb von Rechten die Rede — nicht mit rückwirkender Kraft, nicht unter Gefährdung wohlervorbener Rechte erlassen. Der Richter andererseits soll im Zweifelsfall, d.h. überall wo das Gesetz nicht ganz klar ist, Nichtrückwirkung der neuen Norm annehmen ⁵⁹.

Savigny sieht den Hauptgrund für die Rückwirkung darin, daß das neue Gesetz stets »in der Ueberzeugung geschaffen wird, daß es besser sei als das alte.« Daraus ergibt sich der zweite Grund für die Rückwirkung: Das Bessere soll für möglichst vieles Anwendung finden, z.B. auch für Rechtsgestaltungen der Vergangenheit. Diesen Argumenten stehen aber gewichtige Gründe für die Nichtrückwirkung gegenüber. Es sind dies vor allem das Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. »Man soll darauf rechnen dürfen, daß die Rechtsgeschäfte, die man zum Erwerb von Rechten nach den bestehenden Gesetzen abgeschlossen hat, auch in Zukunft wirksam bleiben.« Wichtig ist aber auch die Erhaltung des jederzeit bestehenden Rechts- und Vermögensbestandes, welche durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gefördert wird (S. 390).

Der große Einfluß dieser Lehren von Savigny — vor allem auch in der Schweiz — wird dem Kenner der schweizerischen Theorie und Praxis sofort auffallen. Es soll hier nur auf die Tatsache hingewiesen werden, daß die einschlägigen Uebergangsbestimmungen des ZGB größtenteils einen getreuen Niederschlag der Theorien Savignys darstellen ⁶⁰.

Nach Erscheinen des umfassenden Werkes von Savigny beschränkten sich die meisten Autoren des intertemporalen Privatrechts auf die Uebernahme seiner Theorien, wobei sie da und dort kleine Aenderungen anbrachten.

Als einen der Gelehrten, die noch eine von Savigny unabhängige Theorie entwickelten, müssen wir wohl **B. Windscheid** betrachten. Er sieht das Problem des zeitlichen Geltungsbereiches von Rechtsnormen ungefähr wie folgt: Bestimmte Tatsachen sind durch einen alten geltenden Rechtssatz zu juristischen Tatsachen erkoren worden, und damit zum Ausgangspunkt gewisser rechtlicher Wirkungen

⁵⁹ S. 388.

⁶⁰ Art. 883 des aOR von 1881, welcher den Uebergangsbestimmungen zum ZGB als Ausgangspunkt diente, ist ganz dem Badischen Gesetzbuch nachgeahmt; und dieses letztere ist die erste Kodifikation, welche die Theorien Savignys in Rechtssätze umformte.

geworden. Wenn nun diese durch das alte Recht gezeichneten und geprägten Tatsachen vom neuen Recht erfaßt und umgedeutet würden, so würden dadurch unter Umständen wichtige Rechtsbeziehungen in der betroffenen Rechtsgemeinschaft gestört. Als Grundsatz ist daher nach Windscheid festzuhalten, daß eine Rückwirkung auf Wirkungen altrechtlicher Tatbestände nicht stattfinden soll. »Selbstverständlich« ist ein solcher Grundsatz der Nichtrückwirkung nicht ein Veto zuhanden des Gesetzgebers, wie das Böcking⁶¹, Struve⁶² und andere behauptet haben. Ueberhaupt ist das Prinzip so zu verstehen, wie es die römischen Kaiser geformt haben: Eine Unterscheidung der Rechtsregeln, wie sie Savigny neu eingeführt habe, sei nämlich zu verwerfen. Die Beispiele Savigny's zur Begründung der speziellen Behandlung der Rechtsnormen über das Dasein der Rechte seien nicht stichhaltig. In ihnen dränge sich die Rückwirkung nicht deshalb auf, weil sie die Existenz oder das Dasein der Rechte betreffen, sondern weil sie entweder a) ein sittliches oder volkswirtschaftliches Prinzip vertreten oder b) sonst einen zu kleinen Anwendungsbereich fänden, oder weil c) sonst die Rechtssicherheit gefährdet wäre⁶³. Auch in Bezug auf das Spezialproblem der authentischen Interpretation bleibt Windscheid den römisch-rechtlichen Lösungen treu. Seine Ausführungen hierüber sind bis heute viel beachtet geblieben:

»Rechtssätze, welche eine authentische Interpretation eines früheren Rechtssatzes aufstellen, legen ihren Inhalt in den früheren Rechtssatz hinein und wollen sich also betrachtet wissen, als hätten sie bereits von der Zeit des früheren Rechtssatzes an gegolten. Deswegen sind sie maßgebend für alle von dieser Zeit an begründeten Rechtsverhältnisse, aber nicht eigentlich kraft einer ihnen beigelegten rückwirkenden Kraft. Sie sind maßgebend für jene Rechtsverhältnisse, nicht obgleich dieselben einer früheren Zeit angehören, sondern weil dieselben im Sinne des Rechtssatzes einer früheren Zeit nicht angehören«⁶⁴.

Windscheid geht sogar so weit, zu verfechten, daß die authentische Interpretation auch bereits erledigte Fälle erfasse. D.h. der Revisionsrichter habe anzunehmen, daß durch die alte abwei-

61 Band I, S. 317, N. 3.

62 S. 6, 30—34, 153 f, auch Savigny: VIII, S. 406.

63 S. 134 f.

64 S 138 f.

chende Interpretation das Gesetz verletzt worden sei. Damit bekennt sich Windscheid zur weitestgehenden Rückwirkung der authentischen Interpretation, wie sie bis anhin von keinem andern Forscher behauptet worden war ^{65 66}.

Neben dem Pandektisten Windscheid ist auch sein Zeitgenosse **F. Lassalle** erwähnenswert. Lassalle ist ein begeisterter, ja geradezu fanatischer Verteidiger der Lehre von den wohlerworbenen Rechten; seine Ausführungen haben denn auch tendenziösen, oft sogar politischen Charakter. Lassalle will eine ganz neue Lehre der wohlerworbenen Rechte aufstellen, indem er als solche Berechtigungen diejenigen Rechte betrachtet, welche durch »individuelle Willenshandlung« geschaffen worden sind. Doch greift er damit nur auf ein Kriterium zurück, das — wie wir oben gesehen haben — bereits die Postglossatoren aufgestellt haben ⁶⁷. Seine Theorie ist daher nicht neu; sie hat aber den Vorteil, daß sie den Ausgangspunkt der Lehre der wohlerworbenen Rechte wieder zum Vorschein bringt.

Lassalle faßte aber seinen Begriff des wohlerworbenen Rechtes noch nicht in der heute angewandten klassischen Formulierung, wie sie Stobbe in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts, 1871, I, S. 160 geprägt hat. Als wohlerworbene Rechte erscheinen im allgemeinen diejenigen Rechte einer Person, welche auf einem besonderen Rechtstitel beruhen (als Gegensatz zu den bloßen Rechtserwartungen und -möglichkeiten sowie vor allem den »gesetzlichen« Rechten). Um die daraus sich für Lassalle ergebende Umkehrfolge, daß Rückwirkung überall dort zulässig sei, wo das Individuum ohne Dazwischentreten eines freiwilligen Aktes ein Recht erlangt hat, nicht zu hart werden zu lassen, erweitert Lassalle den Begriff der »Willensaktion« entsprechend. Ein Gesetz, welches in die wohlerworbenen Rechte eingreift, ist für den Richter unverbindlich, denn es ist absolutes Unrecht ⁶⁸.

Wohl sein einziger Anhänger ist **C. F. Gabba**. Gabba's Werk stellt eine riesige Sammlung dar, die Material von verschiedenen Ländern enthält. Da dieser Stoff aber nicht völlig systematisiert und nur in geringem Maße ausgewertet ist, wird dieser großen Arbeit im allgemeinen keine Bedeutung beigemessen.

⁶⁵ Vgl. Regelsberger, I, S. 190.

⁶⁶ S. 139.

⁶⁷ gl. M. wohl Pfaff-Hofmann, S. 297.

⁶⁸ S. 56 Note 45.

Eine sehr ausführliche und gründliche Untersuchung nahmen die Kommentatoren des oesterreichischen ABGB **Pfaff und Hofmann** in ihren »Exkursen über das oesterreichische allg. bürgerl. Recht«, Band I, 2. Auflage, Wien 1878, vor. Nach der Feststellung, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung auf alle Fälle keine Gesetzgebungsschranke sei, sondern lediglich ein »Rechtssatz«, gehen Pfaff und Hofmann auf den Begriff der Rückwirkung ein. Sie erörtern zunächst die Rückwirkungsunterscheidungen von Weber (mögliche und unmögliche Rückwirkung), von Hüttner (direkte und indirekte Rückwirkung) sowie von Dernburg (Rückwirkung ersten und zweiten Grades) und zeigen, wie relativ und effektiv wertlos diese Unterscheidungen sind^{69 70}. Pfaff und Hofmann betrachten es als eine ihrer Hauptaufgaben, zu zeigen, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung und die Theorie der wohlerworbenen Rechte nicht identisch, sondern lediglich Opfer eines unpräzisen Sprachgebrauches seien⁷¹. Die Verschiedenheit komme zunächst in ihrem Grund zum Ausdruck. Die Rückwirkung sei verwerflich und zu vermeiden, da sie das Vertrauen in die Gesetze schwäche. Der Grund des Schutzes wohlerworbener Rechte hingegen liege darin, daß ein Eingriff in sie als einem Bestandteil des persönlichen Lebens des Einzelnen als Störung und Unrecht empfunden werde⁷². Aber auch der Tragweite nach seien die beiden Axiome verschieden, wie bereits frühere Gelehrte erkannt haben. Nach Pfaff und Hofmann kann man weder den ersten Grundsatz aus dem zweiten folgern, noch umgekehrt den zweiten aus dem ersten. Sie können vielmehr nur koordiniert betrachtet werden.

Grundsätze von der Art der beiden vorliegenden sind nach Pfaff und Hofmann nötig, die bestehenden Prinzipien jedoch ungenügend. Unter dem Begriff der Rückwirkung wird allzu Vieles und Verschiedenes verstanden⁷³. Der Satz »wohlerworbene Rechte sind zu schützen« stellt auf der andern Seite eine nichtssagende Tautologie dar⁷⁴. Wenn man nämlich als erworbene Rechte solche bezeichnet, die geschont werden sollen, so besagt obiger Ausspruch: »Schonenswerte Rechte sind zu schonen«. Obwohl Pfaff und Hofmann damit als erste diese Tautologie ins Gedächtnis rufen, lassen sie den Begriff des wohlerworbenen Rechtes nicht fallen, weil er kurz und tradi-

69 Hüttner: S. 25; Dernburg: S. 54.

70 Pfaff und Hofmann: S. 126.

71 S. 128.

72 S. 128.

73 S. 127 ff.

74 S. 131 f.

tionell und deshalb kaum mehr zu entbehren sei: »Erworbene Rechte sind unantastbare, selbst vom Gesetzgeber zu schonende (Vermögens)rechte«⁷⁵. Die Betrachtungen der beiden Kommentatoren gipfeln in der Feststellung, daß die bisherigen Bearbeiter des Problems die Lösung immer in einer logischen Formel, einem formalen Element suchten, während doch hier nur materielle Erwägungen zum Ziele führen könnten. Als oberstes Axiom prägten sie daher: »Niemand soll in seinem berechtigten Vertrauen auf die Rechtsordnung getäuscht werden«, mit den beiden Untersätzen »Erworbene Rechte sollen geschont werden«, und »Gesetze müssen verlässlich sein«⁷⁶. Der Vertrauensschutz ist nämlich der wahre Beweggrund der vorher erörterten Grundsätze. Obwohl die Berufung auf die erworbenen Rechte oder das Prinzip der Nichtrückwirkung oder die Bezugnahme auf das Axiom der Verlässlichkeit der Gesetze in sehr vielen Fällen zum gleichen Resultat führen, seien diese Grundsätze nicht identisch. Das Prinzip der Verlässlichkeit der Gesetze sei das viel feinere Instrument zur Abgrenzung der zeitlichen Geltungsdauer der Gesetze. Ja, es wird von Pfaff und Hofmann geradezu als Gegenstück zum Grundsatz »*iuris ignorantia cuique nocet*« bezeichnet⁷⁷.

Damit haben die beiden Autoren eine Vereinigung der zwei altbekannten Grundsätze in dem Sinne herbeigeführt, daß sie die den Prinzipien immanenten guten Gedanken übernahmen und daraus eine fruchtbare Synthese schufen⁷⁸.

Bemerkenswert sind schließlich die Ausführungen der beiden Kommentatoren zur authentischen Interpretation. Sie teilen das Problem in zwei Grundfragen ein: a) die Frage, welches Gesetz erklärend ist, und b) die Frage, ob ein erklärendes Gesetz immer rückwirkend sein müsse⁷⁹. Sie gelangen zum Schluß, daß zwar *de lege ferenda* die Rückwirkung der authentischen Interpretation ausgeschlossen sein müsse, daß aber die Rückwirkung des erklärenden Gesetzes eine gewohnheitsrechtliche Erscheinung geworden sei⁸⁰. Deutlich sehen sie den Widerspruch, der in einem erklärenden Gesetze liegt. Dieser besteht darin, daß ein Gesetz erlassen

75 S. 132 resp. 134 f.

76 S. 140.

77 S. 141 f.

78 Zu dieser Synthese waren die beiden Autoren *praedestiniert*, stellt doch das von ihnen kommentierte ABGB bereits eine Mischung der zwei Grundsätze dar.

79 S. 361 ff.

80 Vgl. zum Nachstehenden S. 373 ff.

wird, das auslegen will. Die Auslegung wendet sich an die Vernunft und Ueberlegung des frei entscheidenden Richters, während das Gesetz kraft des in ihm zum Ausdruck kommenden staatlichen Imperiums unbedingten Gehorsam verlangt. Pfaff und Hofmann sehen denn gar nicht ein, warum ein erklärendes Gesetz, das ein Gesetz wie ein anderes ist, nur ein anderes Objekt erfaßt, in der Frage der Rückwirkung speziell behandelt werden soll.

Ungefähr zur gleichen Zeit wie der Kommentar von Pfaff und Hofmann entstand das gründliche, aber nicht vollendete Werk von **H. Göppert**. Nicht aus ausserrechtlichen Gründen ist er Gegner der Lehre von den wohlervorbenen Rechten, sondern er weiß gewichtige wissenschaftliche Gründe gegen sie ins Feld zu führen⁸¹. Zwar sei der Grundgedanke, der Schutz der Rechtssicherheit, welcher hinter diesen Bestrebungen steht, aner kennenswert und richtig. Das Prinzip der Schonung wohlervorbener Rechte ist nach Göpperts Ansicht jedoch zur Erreichung des gesteckten Zieles in allen bisherigen Formulierungen unzureichend und ungeeignet. Abgesehen von der Tatsache, daß das Prinzip »auf einem ganz großen Gebiet uns im Stiche läßt, auf welchem die allgemeine Anschauungsweise ganz besonders empfindlich ist gegen Rückbeziehung neuer Gesetze, auf dem Gebiete des Strafrechts«, ist nämlich gar nicht klar, was unter einem erworbenen Recht zu verstehen ist^{81a}. Daß deshalb die Meinungen weit auseinandergehen, weiß Göppert klar zu zeigen. Die Formel des Schutzes wohlervorbener Rechte sei »weder intensiv noch extensiv geeignet, das Prinzip, daß Gesetze nicht zurückwirken, näher zu erklären und zu bestimmen«⁸².

Auch die Schwächen der übrigen bis anhin bekannt gewordenen Theorien (so Savigny und Pfaff-Hofmann) vermag Göppert in recht einleuchtender Weise aufzudecken⁸³. Es ist daher nur schade, daß die eigene allgemeine Theorie von Göppert nur noch zum klein-

81 Vgl. für Folgendes S. 84 ff.

81a »Man sollte erwarten, daß dieses Problem allgemein in die zwei gesonderten Fragen zerlegt würde, zuerst nach dem Begriff des subjektiven Rechts und demnächst nach dem des Erwerbes; dabei würde dann naturgemäß je nach dem Begriff, den man vom Recht aufstellt, das Gebot: »neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen«, einen weitern oder engern Umfang erhalten. Aber regelmäßig hat man umgekehrt sich hauptsächlich an das Wort »erworben« gehalten und dieses nur auf gewisse Art der Begründung bezogen.«

82 Vgl. für diese Zitate S. 84 ff.

83 z.B. S. 90 ff, 106 ff, 139 ff, 151 ff, 158 ff.

sten Teil niedergeschrieben werden konnte. Die posthumen Fragmente ergeben denn auch keine widerspruchslose Konzeption.

Einerseits ist nach Göppert die »wahre Wirkung des Rechts« der Schlüssel zur Lösung des Problems der Rückwirkung. Da das Recht ja zum Ordnen der Lebensverhältnisse geschaffen worden ist, besteht diese »wahre Rechtswirkung« in der »Alteration« (Schaffung, Umgestaltung, Zerstörung) der juristischen Beziehungen zwischen den Rechtssubjekten ^{84a}. Hat das Recht diese Wirkungen einmal gezielt, so gehen sie auch nicht ohne weiteres wieder unter, sondern das Recht, resp. ein neuer Gesetzgeber muß das ausdrücklich bestimmen. So wird z.B. durch die Aufhebung eines Gesetzes prinzipiell bloß zum Ausdruck gebracht, daß das bisher geltende Recht in Zukunft keine neue rechtlichen Wirkungen mehr haben solle ^{84b}. Das bedeutet andererseits die Anerkennung der bisherigen Wirkungen des alten Rechts, d.h. die aktuellen juristischen Beziehungen, welche durch das aufgehobene Gesetz geschaffen worden sind, bleiben bestehen. Selbstverständlich könnte der Normgeber bei der Aufhebung des Gesetzes die volle Rückwirkung statuieren. Aber solange er das nicht getan hat, bleibt die alte Rechtswirkung des aufgehobenen Gesetzes bestehen: Also grundsätzlich Nichtrückwirkung auf vergangene und gegenwärtige Wirkungen altrechtlicher Tatbestände mit entsprechender Vermutung, aber unbeschränkter ^{84c} Vorbehalt der ausdrücklichen gesetzlichen Rückwirkungsanordnung.

Diese Konzeption, welche den Gedankengängen Windscheids verwandt ist, vermag Göppert aber nicht in allen zur Diskussion stehenden Einzelproblemen ungetrübt anzuwenden. Die Vorstellung der subjektiven Rechte steckt zu stark in ihm, sodaß er schließlich wieder zu den von ihm eigentlich verpönten Argumentationen der Lehre von den wohlerworbenen Rechten zurückkehrt ^{84d}.

Otto Gierke berührt in seinem Lehrbuch über das deutsche Privatrecht das Problem der zeitlichen Grenzen der Gesetze nur kurz. Doch sind diese knappen Ausführungen so konzentriert und schlagwortartig abgefaßt, daß Gierke neben Savigny zur Hauptstütze der Gerichte und Gesetzgeber des 19. und 20. Jahrhunderts geworden ist.

^{84a} S. 109 ff.

^{84b} S. 122 ff.

^{84c} Der Grundsatz der Nichtrückwirkung ist nicht einmal eine sittliche Schranke für den Gesetzgeber, vgl. z.B. S. 67.

^{84d} S. 117 f, S. 130.

Ausgehend von der Feststellung, daß die Vernunft und die Gerechtigkeit verlange, daß ein neues Gesetz nur für die Zukunft gelten soll, versucht Gierke die Geltung des Grundsatzes als allgemeiner Rechtssatz an Hand der Geschichte des Prinzips zu beweisen. In manchen Verfassungen ist das Prinzip ausdrücklich formuliert, in den übrigen Kulturstaaten ist es gültig kraft Gewohnheitsrecht, ist es ungeschriebenes positives Verfassungsrecht⁸⁵.

Das Prinzip der Nichtrückwirkung entfaltet sich in zwei Rechtsätzen. In der verbotenden Form heißt es: Neues Recht soll nicht zurückwirken. Die deutende Form lautet: Neues Recht wirkt nicht zurück.

Als Verbot besitzt der Grundsatz Bedeutung hinsichtlich der Kompetenzen des Gesetzgebers. Er verbietet dem Normsetzer, seinen neuen Normen »Rück«-Wirkung, Wirkung auf Gestaltungen der Vergangenheit beizulegen. Volle Wirksamkeit entfaltet das Verbot da, wo eine vom Normgeber unabhängige Macht die Einhaltung des Prinzips überwacht. Wo aber kein Organ die Schranken der Gesetzgebungsgewalt hüten kann, stellt das Prinzip nur eine materielle, keine formelle Schranke für den Normgeber jeglicher Stufe dar⁸⁶.

Unabhängig davon, ob sich der Grundsatz der Nichtrückwirkung in seiner verbotenden Form durchzusetzen vermag oder nicht, wird das Prinzip auf alle Fälle in seiner deutenden, erklärenden Form wirksam. Mit dem Satz: »Neues Recht wirkt nicht zurück« will Gierke nichts anderes zum Ausdruck bringen, als daß im Recht aller Kulturstaaten zum mindesten die **Vermutung** der Nichtrückwirkung neuen Rechtes bestehe. Sie ist an jedermann, vor allem aber an die rechtsanwendenden Organe der Rechtsordnungen gerichtet. Diese Vermutung besagt, daß sich der Gesetzgeber an seine materiellen Schranken habe halten wollen, sofern er nicht bereits formell gebunden ist. Der Rechtsanwender hat solange die Nichtrückwirkung des neuen Rechtes zu vermuten, als der Gesetzgeber den Vorstoß gegen seine Kompetenzgrenzen nicht ausdrücklich formuliert hat⁸⁷. Die allgemeingültige Nichtrückwirkungsvermutung hat aber auch zur Folge, daß jede Rückwirkungsbestimmung der Normgeber als eine Ausnahme von der Regel restriktiv interpretiert werden muß (daher stärkste Rückwirkung nur dort, wo dies ausdrücklich gesagt, nicht aber dort, wo es vielleicht nur gewollt ist).

85 S. 185, S. 188.

86 S. 188 f.

87 Vgl. S. 188 f.

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wird, trotz seinen beiden Formen, dann zu Recht durchbrochen, wenn der neue Rechtssatz eine authentische Interpretation darstellt. Die kraft Gewohnheitsrechtes angeordnete Rückwirkung solcher Normen ist nach Gierke innerlich berechtigt, da das richtig verstandene alte Recht eigentlich nicht neues Recht ist⁸⁸. Die hier gültige Rückwirkungsvermutung bedeutet, daß die authentische Interpretation im Zweifel auch gefällte, aber noch nicht rechtskräftige Entscheide der rechtsanwendenden Organe erfaßt. Ein eventueller Mißbrauch dieser Rückwirkungszulassung ist nach Gierke kein Grund für die Ablehnung dieser Ausnahme vom Grundsatz der Nichtrückwirkung, weil ihm durch einen ausgebauten Rechtsschutz gesteuert werden könne.

Der hauptsächlichste Inhalt des Prinzips der Nichtrückwirkung in der Konzeption Gierkes deckt sich mit dem Schutze wohlervorbener Privatrechte^{88a}. Doch liegt nach Ansicht Gierkes nicht Identität vor, wie das Savigny behauptet hat^{88b}. Das Prinzip der Nichtrückwirkung erschöpfe sich nicht in der Schonung wohlervorbener Rechte, »während andererseits ein gesetzgeberischer Eingriff in erworbene Rechte auch ohne eigentliche Rückwirkung möglich« sei^{88c}.

Der Begriff des wohlervorbenen Rechts ist zwar weit zu fassen. So darf er nicht etwa im Sinne Pfaffs und Hofmanns auf vermögenswerte Rechte beschränkt bleiben, weil die Verletzung wohlervorbener Rechte Entschädigungspflicht des Verletzers nach sich zieht^{88d}. Aber andererseits dürfen die bloß werdenen Rechte sowie die gesetzlichen Rechte, d.h. die Berechtigungen, »die für alle Personen oder für alle Angehörigen einer bestimmten Personenklasse unmittelbar durch Rechtssatz begründet sind«, nicht zu den wohlervorbenen Rechten gezählt werden.

Im Anschluß an Gierke muß unbedingt noch ein weiterer Autor des intertemporalen Rechtes zum Zuge kommen, nämlich der schon mehrfach zitierte **F. Affolter**. Dieser Gelehrte beabsichtigte, alle Rechtsgebiete auf die Frage der zeitlichen Abgrenzung der Gesetze zu untersuchen, insbesondere auch das intertemporale Verwaltungs-

88 S. S. 190 f.

88a Vgl. S. 190.

88b So S. 190 f; zu Savigny's Behauptung vgl. oben S. 16.

88c Damit bekennt sich Gierke zur Auffassung Savignys, daß wohlervorbene Rechte nicht vor jeder Umwandlung geschützt seien, sondern lediglich vor Aufhebung.

88d Vgl. oben S. 16 und vor allem unten S. 49.

recht, das »immer noch des Prinzen harrt, welcher es aus seinem Schlaf erweckt«⁸⁹. Von all seinen Bemühungen um das intertemporale Recht ist heute aber nur wenig bekannt; lediglich der von ihm geprägte Ausdruck »**intertemporales Recht**« ist geläufig geworden. Seine Werke hingegen werden meist nicht berücksichtigt. Dabei ist es doch sicher das große Verdienst Affolter's alle Meinungen über den Grundsatz der Nichtrückwirkung durchleuchtet zu haben, und damit etlichen Ballast aus der Theorie des Prinzips entfernt zu haben.

Sein Kampf richtet sich vor allem gegen die Theorie der wohl-erworbenen Rechte, welche so viel Verwirrung in das Prinzip der Nichtrückwirkung gebracht hat, wie aus der vorstehenden Uebersicht wohl hervorgegangen sein dürfte. Dieser Lehre verdankt man z.B. auch den »verhängnisvollen« Umkehrschluß, wonach wohl-erworbene Rechte Schutz genössen, nichtwohlerworbene Rechte daher schutzlos, jeder Rückwirkung preisgegeben sein sollten. Affolter's erstes und wichtigstes Anliegen ist es nun, zu zeigen, wie das Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl sich vielfach sträubt, wenn auf Grund solcher Argumentation der Rückwirkung eines Gesetzes stattgegeben wird^{89a}.

Mit der Gründlichkeit eines Pandekten- und Interpolationenforschers sucht Affolter zunächst den Grundsatz der Nichtrückwirkung in seiner Form und Tragweite aus der Dogmengeschichte zu entwickeln. Er findet dabei verschiedene Formulierungen des Prinzips, die er je nach ihrem Ausgangspunkt als subjektive oder objektive Klauseln bezeichnet. Unter Verdammung jeglicher rein subjektiver Betrachtungsweise des Problems bemüht er sich hierauf, die Lösung der Fragen von einem »wahrhaft objektiven Ausgangspunkt« aus zu finden⁹⁰.

Unter »objektiver« Betrachtungsweise versteht Affolter in erster Linie das Ausgehen von den sog. objektiven Rechtsverhältnissen. Diese seien nämlich Voraussetzung der subjektiven Rechtsverhältnisse und gegenüber denselben erst noch in der Ueberszahl. Die nach Affolters Meinung erstmals von ihm erkannten Rechtsverhältnisse werden durch das objektive Recht mit seiner Entstehung geschaffen. Dadurch, daß z.B. zwei Rechtssubjekte unter der gleichen Norm stehen, sind sie durch das obj. Recht bereits in ein obj. Rechts-

89 Band II, S. 12.

89a Die diesbezüglichen Feststellungen Affolter's werden durch Beispiele im 5. Teil unserer Arbeit weitgehend erhärtet werden.

90 Z.B. Band I, S. 572 ff.

verhältnis miteinander gesetzt. Dieses objektive Rechtsverhältnis äußert sich darin, daß die beiden noch nicht genau festgelegten Rechtssubjekte die im objektiven Recht verankerte Möglichkeit oder Erwartung haben, miteinander ein subjektives Rechtsverhältnis mit privaten Rechten und Pflichten zu begründen, wenn sie den objektivrechtlichen Voraussetzungen nachkommen. Die »objektive« Betrachtungsweise in Bezug auf den Grundsatz der Nichtrückwirkung verlangt also nach der Ansicht Affolters, daß auch diese Möglichkeiten, Erwartungen und Hoffnungen prinzipiell in den Schutzbereich des Prinzips aufgenommen werden ⁹¹.

Maßgebend für die Richtigkeit einer Theorie über die zeitlichen Grenzen von Gesetzen ist ferner — wie schon angedeutet — nach Affolter das Rechtsgefühl des Volkes ⁹². Diese Grundhaltung zeigt sich deutlich in Affolters Meinung zum Begriff der Rückwirkung und vor allem in der Umschreibung der Rückwirkungsvoraussetzungen:

Unter Rückwirkung, resp. »Ausschließlichkeit« neuen Rechts versteht Affolter jede Beeinflussung irgendwelcher Wirkungen altrechtlicher Tatbestände durch das neue Recht. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung verlange daher andererseits, daß abgeschlossene, gegenwärtige und zukünftige Wirkungen altrechtlicher Tatbestände vor Einflüssen neuer Normen zu schützen seien. Die altrechtlichen Rechtsverhältnisse brauchten dabei nicht unbedingt bei der Normänderung vollendet zu sein. Es genüge bereits, wenn sich die wichtigsten Bestandteile des Rechtsverhältnisses unter altem Recht zusammengefounden und gruppiert haben ⁹³.

Falls der Grundsatz der Nichtrückwirkung ausnahmsweise durchbrochen werden soll, müssen Voraussetzungen formeller und materieller Art erfüllt sein ⁹⁴. Die formelle Voraussetzung bestimmt, daß der Gesetzgeber die Rückwirkung des neuen Rechts als »ius singulare unzweideutig zum Ausdruck bringen muß, wenn sie als solche erkannt werden soll.« Die Anforderungen, welche Affolter in dieser Hinsicht an den Gesetzgeber stellt, sind absichtlich sehr hoch, weil ja jeder Gesetzgeber den Grundsatz der Nichtrückwirkung kennt. Der Normgeber sieht das bestehende Recht und die daraus entstandenen Rechtsverhältnisse. Darum muß er sich im Voraus darüber klar werden, inwieweit seine neuen Normen den bestehenden Zu-

91 Ausführlich Band II, S. 148 ff.

92 Band I, S. 13

93 Band II, S. 56 f.

94 Band II, S. 36 ff.

stand tangieren sollen. Eine stillschweigende Statuierung der Rückwirkung ist daher nach Affolter nur ganz ausnahmsweise anzunehmen. So genügt z.B. der Zweck des Gesetzes als einziger stichhaltiger Hinweis auf die Rückwirkungsabsicht des neuen Rechtes nicht⁹⁵.

Die materielle Voraussetzung der Rückwirkung besteht darin, daß sich der vorgesehene Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse wirklich rechtfertigen läßt^{96 97}. An diese materielle Voraussetzung ist jeder Normgeber, der Verfassungsgeber inbegriffen, gebunden, wie auch das schweizerische Bger. in seiner Entscheidung 22, S. 1023 ausdrücklich festgehalten hat.

Der Satz, wonach alles öffentliche Recht angeborene Ausschließlichkeit besitze — ein Satz, der im letzten Jahrhundert oft vertreten wurde — wird von Affolter verurteilt⁹⁸. Grundsätzlich gelte das Prinzip der Nichtrückwirkung auch im öffentlichen Recht, was Affolter mit dem Hinweis auf das in obiger Anmerkung 97 angedeutete Zitat Zittelmann's belegt.

Ein besonderes Anliegen ist für Affolter der Beweis der Positivität des Grundsatzes der Nichtrückwirkung für Richter und Gesetzgeber. Doch wenn er auch mit aner kennenswerter Gründlichkeit zeigt, daß alle herrschenden Meinungen dahin gehen, beweist er dies noch nicht⁹⁹. Solange der Grundsatz nicht auf dem Boden einer bestimmten Rechtsordnung nachgewiesen werden kann, gilt er dort eben nicht, wie unten im dritten und vierten Teil dieser Arbeit zu zeigen sein wird.

Anschließend an diese klaren Ausführungen legt Affolter auf über dreihundert Seiten seine Lehre vom Tatbestand, den Rechtsverhältnissen und der Rechtsordnung dar. Er will — ganz im Banne der minutiösen Arbeit der Pandektisten — für jede Einzelfrage den objektiven Maßstab der Beurteilung liefern. Hiebei muß auch Affolter, der so viele Fiktionen aufgedeckt hat, hie und da zu den von ihm verpönten Gebilden greifen, um ja ein lückenloses System zu bieten. Mit diesem Bestreben erfüllt er zudem die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft nicht, die ja darin besteht, aus dem vorliegenden Material die großen Linien und die höheren Prinzipien zu erarbeiten.

95 Band II, S. 43. — In der Tat ist wohl Affolter zuzustehen, daß sich jeder Gesetzeszweck auch ohne Rückwirkung erreichen läßt, nur nicht immer mit der nötigen oder der gewünschten Schnelligkeit.

96 Implizite Band II, S. 36.

97 Treffend Zittelmann, Jahrbuch S. 198, zit. bei Affolter, Band II, S. 36.

98 Vgl. z.B. Band II, S. 62 und dort zit. Autoren.

99 Band I in corpore, Band II, S. 19 ff.

II. Entwicklung des Grundsatzes im öffentlichen Recht

Mit der Darstellung der Ideen Affolters sind wir bereits an der Schwelle des 20. Jahrhunderts angelangt, d.h. der Zeit der großen Kodifikationen des Privatrechts in Deutschland und in der Schweiz. Die Festlegung der intertemporalrechtlichen Grundsätze in den Gesetzbüchern hatte ein allgemeines Abflauen des Interesses für den Grundsatz der Nichtrückwirkung zur Folge. Die privatrechtlichen Autoren beschränkten sich nun nämlich auf die Kommentierung und Klarstellung der intertemporalen Gesetzesbestimmungen¹.

Ganz anders waren die Verhältnisse im Verwaltungsrecht, das in jener Zeit einen gewaltigen Aufschwung — vor allem in Deutschland und in der Schweiz — erlebte. Hatten sich schon die moderneren Privatrechtsautoren für das Verhältnis von subjektivem Recht und Grundsatz der Nichtrückwirkung im öffentlichen Recht interessiert, so mußte sich die junge Verwaltungsrechtswissenschaft noch viel eher darum bemühen. Bereits 1852 hatte C. F. v. Gerber in seinem Buch »Ueber öffentliche Rechte« das Bestehen von wohlerworbenen Rechten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bejaht. Es wurde ihm in der Folge mehr oder weniger beigespflichtet. Zu einem hiebfesten System zusammengefaßt wurden aber seine Behauptungen erst durch das bekannte Werk von G. Jellinek: »System der subjektiven öffentlichen Rechte«.

Wie die im ersten Abschnitt kommentierte Geschichte des Grundsatzes der Nichtrückwirkung zeigte, wurden im Privatrecht die wohlerworbenen Rechte und das Prinzip der Nichtrückwirkung durch konstantes Inbeziehungsetzen weiterentwickelt. Deshalb mußte auch so eingehend auf die geschichtliche Entwicklung der Theorie der wohlerworbenen Rechte im Privatrecht eingetreten werden, denn sie verkörpert dort einen Teil der Entwicklung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung. Ganz anders aber ist die Situation im Verwaltungsrecht. Die Inbeziehungsetzung der subjektiven öffentlichen Rechte mit dem Grundsatz erfolgte erst, als das Bestehen der subjektiven öffentlichen Rechte allgemein feststand und nur noch ihr Umfang strittig war. Mit andern Worten kamen die beiden Prinzipien erst nach dem Erscheinen des Werkes von Jellinek miteinander in Berührung.

¹ Es wäre sicher interessant, die verschiedenen gesetzlichen Regelungen darzustellen und zu zeigen, welchen geistigen Vater sie besitzen. Denn die Gesetze schafften nicht etwa neue Lösungen, sondern übernahmen für jede Einzelfrage die ihnen passende und gerade herrschende Meinung und Lösung. Doch kann eine solche Erörterung nicht Aufgabe einer öffentlich-rechtlichen Untersuchung des Grundsatzes sein.

Wohl hatte sich die Privatrechtswissenschaft auch für die Geltung des Grundsatzes im öffentlichen Recht ausgesprochen. Doch erfolgte dies meist ohne Begründung und nur in Randbemerkungen.

Wohl hatte sich auch die Verwaltungsrechtswissenschaft mit den zeitlichen Grenzen der Verwaltungsnormen befaßt, jedoch ebenso summarisch, wie die Privatrechtsautoren^{1a}. Das Wesen des öffentlichen Rechtes verlangt nach ihrer Ansicht eine viel häufigere Rückwirkung. Das Verwaltungsrecht ist in ihren Augen nur ein Instrument zur Verwirklichung öffentlicher Interessen, nicht aber ein solches zur »Begründung und Regelung individueller Rechte«. Somit besteht im Verwaltungsrecht geradezu die umgekehrte Vermutung: Nichtrückwirkung ist nur da anzunehmen, wo der Gesetzgeber dies klar zum Ausdruck gebracht hat.

Eine gewisse Wandlung vollzog sich jedoch, als die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte dank des Werkes von Jellinek so großen Aufschwung erhielt. Die Verwaltungsrechts-Forscher begannen nun, Parallelen zwischen den beiden Grundsätzen zu ziehen und gelangten so zu anderen Ergebnissen.

Eine der wichtigsten diesbezüglichen Abhandlungen ist der verwaltungsrechtliche Aufsatz von **A. W. Jebens**: »*lex ad praeterita trahi nequit*«. Dieser Gelehrte stützte sich bei seinen Ausführungen zum ersten Male auf verwaltungsgerichtliche Praxis, nämlich auf die Entscheide des fortschrittlichen, schöpferischen preussischen Oberverwaltungsgerichts.

Nach Ansicht Jebens liegt das Problem der Rückwirkung neuen Rechtes darin, daß dieses die Vergangenheit und ihre rechtlichen Erscheinungen nicht absolut von der Zukunft zu scheiden vermag. Wäre dies der Fall, so würde nämlich das Prinzip der »*lex posterior derogat priori*« vollauf genügen. Die Rechtsnormen aber finden keine solche saubere Trennung vor, sondern werden in einen »fortlebenden«, kontinuierlichen Rechtszustand hineingesetzt. Obwohl dieses Problem sich meist sehr akut stellt, gibt kein Jebens bekannter Gesetzgeber eine auch nur »annähernd ausreichende Lösung«². Aus diesem Grunde erhält das Prinzip der Nichtrückwirkung eine große, entscheidende Bedeutung.

Jebens anerkennt, in Anlehnung an den römisch-rechtlichen Grundsatz der Nichtrückwirkung, die Freiheit der Gesetzgebungs-

1a z.B. Bornemann: Erörterungen im Gebiete des preussischen Rechtes, Berlin 1855, S. 1—64;

G. Meyer: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. § 3;

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 17 f.
2 S. 265.

organe hinsichtlich seiner Beachtung. Doch bedarf ein eventueller Rückwirkungswille des Gesetzes eines hinreichenden Ausdruckes. Die Regel der Nichtrückwirkung spricht nämlich vor allem gegen die Annahme einer nicht *expressis verbis* ausgedrückten Rückwirkung, die der Billigkeit und Gerechtigkeit widersprechen würde³. Der Grundsatz gilt im allgemeinen nur, wo das Gesetz schweigt und subjektive öffentliche Rechte im Spiele stehen⁴.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtrückwirkung im öffentlichen Recht ergibt sich für Jebens bei den Prozeßgesetzen, wie dies schon Regelsberger ausgeführt hat⁵. Die Entstehung eines Anspruches bringe nicht zugleich ein wohlerworbenes Recht zum Vorschein, wonach der Anspruch nach dem gerade geltenden Verfahren durchsetzbar sei⁶. Ferner muß nach Jebens Auffassung die Rückwirkung der authentischen Interpretation zulässig sein, auch wenn es sich nur formell, nicht aber materiell um ein erklärendes Gesetz handelt(!)⁷.

Bemerkenswert ist wohl die Tatsache, daß die Verwaltungsrechts-Autoren bis heute zur Hauptsache über diese Erkenntnis von Jebens nicht weiter fortgeschritten sind. Das beweist einerseits die Qualität der Untersuchungen von Jebens. Andererseits kommt damit zum Ausdruck, daß die Problematik dieser Fragen zu wenig untersucht wird und daher auch zu wenig klar zu Tage tritt.

Fast zu gleicher Zeit befaßte sich der bekannte Verwaltungsrechtslehrer **Fr. Stier-Somlo** mit dem Grundsatz der Nichtrückwirkung im Verwaltungsrecht. Wie Jebens, so geht auch er von der Praxis des preussischen OVG aus, an Hand derer er ebenfalls die Geltung des Grundsatzes im Verwaltungsrecht beweisen will. Während im Privatrecht die Bejahung einer Rückwirkung bei Stillschweigen des Gesetzes willkürlich sei, besitzt nach seiner Ansicht der Interpretator von Verwaltungsgesetzen freies Ermessen in der Beurteilung dieser Frage. »Oeffentliches Interesse und Rücksichtnahme auf die Zweckmäßigkeit der Verwaltung« sind »die maßgebenden Richtlinien« zur Beantwortung obiger Auslegungsfrage⁸. Stier verkündet jedoch nicht nur die Allmacht des öffentlichen In-

3 S. 268 f.

4 S. 271.

5 In Holtzendorffs Rechtslexikon, Stichwort: »Rückwirkung der Gesetze«.

6 S. 274.

7 S. 276.

8 Vgl. dazu und für nachstehende Ausführungen S. 110 ff.

teresses, vor dem jedes private Interesse zurückzutreten hat. Er bestärkt auch die Allgewalt des Gesetzgebers resp. des Gesetzes. Aus dessen souveräner Natur folgert er, daß sich ein Gesetz beliebig Rückwirkung beilegen könne, wenn nur die obgenannten Richtlinien befolgt werden.

Den Begriff der wohlerworbenen Rechte im öffentlichen Recht verwirft der Autor, da er unstichhaltig und unhaltbar sei. Unter Umständen seien vielmehr auch bloße Erwartungen und Hoffnungsrechte vor einer Rückwirkung zu bewahren⁹. Nur die Prozeßgesetze und Normen über Kompetenz- und Ressortverhältnisse haben undiskutierbar angeborene Rückwirkung¹⁰.

Auf diese beiden »Erstlingswerke«¹¹ folgte nach kurzer Zeit das epochemachende Werk von **Fritz Fleiner**: »Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts«. Dieses bekannte Opus verhalf, zusammen mit dem »Verwaltungsrecht« von Otto Mayer, typisch verwaltungsrechtlichem Gedankengut gegenüber den bisher verwendeten zivilistischen Hilfskonstruktionen zum endgültigen Durchbruch. Die Institutionen Fleiners hatten denn auch u.a. zur Folge, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung in selbständiger Weise und ganz allgemein in der Theorie des Verwaltungsrechts verankert wurde. Wohl alle seither erschienen Lehrbücher des Verwaltungsrechts haben dem Grundsatz einige Bemerkungen gewidmet.

Grund für dieses Echo der Institutionen ist weniger die allgemeine Statuierung des Grundsatzes im Verwaltungsrecht, als die schlagwortartige Formulierung des Prinzips, wodurch der verwaltungsgerichtlichen Praxis ein wertvolles Hilfsmittel geschaffen wurde. Die relativ junge Verwaltungsgerichtsbarkeit geriet nämlich immer wieder in Zweifel, ob sie den im Privatrecht allgemein anerkannten Grundsatz auch im Verwaltungsrecht unbeschränkt anwenden dürfe. Diese Unsicherheit wurde erhöht durch den Mangel zeitlicher Abgrenzungsnormen in den Verwaltungsrechtsgesetzen. Analogien zu positivem Verwaltungsrecht waren daher unmöglich. Indem er die langsame und stetige Entwicklungstendenz zur einfachen Feststellung zusammenfaßte, daß der Grundsatz auch im Verwaltungsrecht gelte, durchschnitt Fleiner kurzerhand den gordischen Knoten. Im Folgenden präzisiert Fleiner diese Feststellung näher. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung bedeutet für den Gesetzgeber im Ver-

9 S. 114, S. 117—19.

10 Ebenso Jebens, siehe oben S. 31 f.

11 In Bezug auf die Behandlung des Grundsatzes im Verwaltungsrecht.

waltungsrecht keine unbedingte Schranke. Der Rechtsanwender hat auch dort die Rückwirkung — welche Fleiner nicht näher erörtert — zu bejahen, wenn die systematische Auslegung des Gesetzes dafür spricht¹². Unter Berufung auf Windscheid-Kipp legt er dar, daß die Rückwirkung ganz von den öffentlichen Interessen abhängt: Je größer die durch das Gesetz verfolgten öffentlichen Interessen seien, umso eher sei die Rückwirkung aus dem Gesetz zu interpretieren. Im Verwaltungsrecht, wo vornehmlich öffentliche Interessen verfolgt werden, habe daher die Rückwirkung einen viel breiteren Raum als im Privatrecht.

Neben den bereits genannten positiven Wirkungen der Erörterungen Fleiners sind aber auch negative zu verzeichnen. Es scheint, daß die lakonische, recht summarische Behandlung des Grundsatzes und des dahinter liegenden Problems auf die Verwaltungsrechtswissenschaft ansteckend gewirkt hat. Der Grundsatz ist in der Folgezeit immer als ein im Verwaltungsrecht gültiges Prinzip anerkannt worden. Die Ausführungen darüber sind aber äußerst knapp. Es werden lediglich die schon von Fleiner geäußerten Gedanken aufgenommen und für gewisse Einzelfragen präzisiert. Auch die monographischen Abhandlungen über das Thema sind sehr kurz. Außer der Arbeit von Vervier¹³ handelt es sich nur um Aufsätze in wissenschaftlichen Zeitschriften.

So glaubt **Herrnritt**¹⁴, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung nur ein rechtspolitisches Erfordernis darstelle, an welches sich lediglich der Gesetzesvollzieher zu halten habe. Der Grundsatz erfahre im Verwaltungsrecht »angesichts des zwingenden Charakters der Normen aus Gründen des öffentlichen Wohls mancherlei Modifikation«. Im Gegensatz zu Fleiner erschöpft sich bei ihm der Grundsatz der Nichtrückwirkung im Schutze der erworbenen Rechte¹⁵. Deshalb gibt Herrnritt eine genaue Aufstellung der verschiedenen Tatbestände, die unter den Begriff und damit den Schutz der erworbenen Rechte fallen. »Dieser Schutz ist desto wirksamer, je genauer der Inhalt desselben durch den begründenden Akt selbst bestimmt und je größer die Unabhängigkeit des verliehenen konkreten Rechts von seiner generellen Regelung durch das objektive Recht ist.«

¹² Vgl. dazu und für die nachstehenden Ausführungen S. 88 ff.

¹³ »Der Rechtswechsel im öffentlichen Recht« Würzburger Habilitationsschrift konnte in der Schweiz nicht erhältlich gemacht werden.

¹⁴ Verwaltungsrecht, S. 112 ff.

Walter Jellinek¹⁵ visiert drei Probleme des zeitlichen Geltungsreiches der Verwaltungsgesetze:

1. das Ausserkrafttreten des alten Rechts,
2. die Zulässigkeit der Rückwirkung des neuen Rechts,
3. das Gewolltsein der Rückwirkung des neuen Rechts.

Das erste Problem bereitet ihm keine großen Schwierigkeiten, da er das Prinzip der »lex posterior derogat priori« nicht anzweifelt. Die beiden anderen Fragen beantwortet Jellinek dahin, daß nur der Verfassungsgesetzgeber bezüglich der Statuierung der Rückwirkung völlig frei sei. Den Gesetzgeber aber beschränken vor allem: die wohlerworbenen Rechte und der Grundsatz »nulla poena sine lege«. Die Schranke der erworbenen Rechte ist jedoch keine absolute. Sie braucht vom Normgeber nicht beachtet zu werden, sofern er ein genügendes öffentliches Interesse nachweisen kann.

Das Gewolltsein der Rückwirkung ist entweder aus der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes oder dem wirklich offensichtlichen Zweck des Gesetzes zu entnehmen. Da jedoch die Frage, welche Bedeutung der Begriff der Rückwirkung hat, nicht klar gestellt ist, ergeben sich gleichwohl Schwierigkeiten. Jellinek erwähnt dabei einen »schwebenden« Tatbestand, d.h. einen Tatbestand, der in der Vergangenheit noch nicht ganz abgeschlossen ist. Sein Beispiel mit der Promotionsordnung einer Universität, die geändert wird, sollte in der Folge zum Schulbeispiel des Verwaltungsrechtes werden. Jellinek entscheidet diese konkrete Frage dahin¹⁶, daß alle Studierenden, die schon die Bedingungen zur Zulassung an die Prüfungen erfüllen — auch wenn sie die Zulassungsbewilligung noch nicht eingeholt haben — noch nach der alten Promotionsordnung geprüft werden müssen.

So sind die Auffassungen der traditionellen Verwaltungsrechtslehre bis heute ziemlich konstant geblieben. Eine Revolution im Gefüge dieser Theorie ist erst durch den Rechtsmonismus, wie er von Kelsen, Merkl und Anderen verkündet wurde, entfacht worden. Da deren Lehren nicht auf die Gestaltungen des positiven Rechts Rücksicht nahmen, haben sie teilweise ziemlich »unbequeme« Lösungen zu tage gefördert und sich in der Folge nicht recht durchgesetzt. Auf sie wird aber im dritten Teil dieser Arbeit noch speziell einzutreten sein.

¹⁵ Vgl. zum Folgenden: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1928, S. 133 ff.

¹⁶ Im Gegensatz etwa zu Peters: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, S. 82.

Nur ein Autor soll noch kurz erwähnt werden, weil auch er eine von der traditionellen Lehre abweichende Untersuchung über die Rückwirkung anstellt: nämlich **W. Burckhardt**¹⁷. Er stellt sich die Aufgabe — übrigens die einzige mögliche Fragestellung für die Rechtswissenschaft nach seiner Meinung¹⁸ — klarzustellen, ob die Forderung der Folgerichtigkeit des Rechts den Schutz der wohl-erworbenen Rechte bedinge. Burckhardt zieht zunächst die allgemein herrschende Ansicht, wonach private Rechte unantastbar, wohl-erworben seien, öffentliche Rechte hingegen jederzeit einem öffent-lichen Interesse weichen müssen, der ungenügenden Begründung.

Das Problem der wohlerworbenen Rechte ist vornehmlich ein sol-ches der Rechtssetzung. Es wird in Frage gestellt, ob ein Recht, »weil es einmal durch individuelle Anordnung oder durch Rechtssatz anerkannt worden ist«, auch fernerhin von der rechtssetzenden Behörde anerkannt bleiben müsse. Dabei setzt Burckhardt voraus:

1. Die sachliche Berechtigung der gesetzgeberischen Anordnung der Rückwirkung und
2. die Abänderungsbefugnis des Gesetzgebers.

Ferner legt er seiner Betrachtung die eigene Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zugrunde, welche sich in die Identitäten auflösen läßt: Privatrecht gleich nachgiebiges Recht und öffentliches Recht gleich zwingendes Recht.

In Bezug auf die Aufhebung formell gültiger Rechte durch **rechts-anwendende Anordnungen** löst die Rechtskraft das Problem teil-weise. Entscheidungen über Privatrechte unterliegen allgemein der Rechtskraft und sind daher unabänderlich, durch neue rechtsan-wendende Anordnungen nicht rückwirkend erreichbar. Öffentlich rechtliche Verfügungen als solche sind nach Burckhardt dagegen nicht unabänderlich. Wann sie es aber sein sollen, »kann nicht allgemeingültig gesagt werden, weil es nicht eine Sache begrifflicher Ableitung, sondern sachlicher Erwägung« im Einzelfall ist (S. 95).

Andererseits stellt sich das Problem des Schutzes erworbener Rechte vor allem für den **Gesetzgeber**, der neues Recht schaffen will. Es wird nach Burckhardt jedoch nur in denjenigen Rechtsbe-ziken aktuell, wo nicht sachliche Erwägungen, sondern subjektive Willkür vorherrscht. Im öffentlichen Recht als zwingendem Recht gibt es keine subjektiven Berechtigungen, keine wohlerworbenen Rechte und damit eigentlich auch kein rechtswissenschaftliches Prob-

¹⁷ Organisation: S. 92—111.

¹⁸ Organisation, Vorwort S. 8.

lem der Rückwirkung, weil dem neuen Recht nicht bis anhin gültige Rechte entgegengehalten werden können. »Die Berücksichtigung des bisherigen (objektiven) Rechts und der dadurch geschaffenen Rechtszustände durch das neue Recht ist (daher) immer lediglich eine Frage der materiellen Gerechtigkeit²⁰, nicht logischer Folgerichtigkeit«¹⁹. Diese Frage zu beantworten, ist aber nach Burckhardt — wie schon erwähnt — nicht Sache der Rechtswissenschaft.

Sujektive Willkür ist nach der Definition Burckhardt's allein im Gebiete des Privatrechts anzutreffen. Dort entsteht die Frage der Rückwirkung selbstverständlich nicht, wenn die Privatautonomie erweitert wird, neue subjektive Willkür zugelassen wird. Anders verhält es sich, wenn die Privatautonomie nachträglich eingeschränkt werden soll.

Das Problem der Rückwirkung beschränkt sich — nach der Ansicht Burckhardt's — überhaupt auf den Fall, wo zwingendes, öffentliches Recht in das Privatrecht eingreift. Wie verhält sich der für die Zukunft auf alle Fälle zwingende Rechtssatz gegenüber den bestehenden Gebilden der Privatautonomie? Die Beantwortung dieser Frage stellt für den Gesetzgeber eine fast unlösbare Aufgabe dar. Will er im Privatrecht legiferieren, so kann er sich nicht zwingend einmischen, ohne sich in Widersprüche zu verwickeln: Wenn er die private Willkür beschränkt, weil er eine ihrer Auswirkungen nicht dulden will, so ist das ein Widerspruch. Er kann nicht freie Hand gewähren und zugleich wegen Mißbilligung eingreifen. Andererseits kann er nicht einfach eingreifen, aber dabei die bestehenden, verurteilten Zustände unberührt lassen, nur um den Grundsatz der Nichtrückwirkung nicht zu tangieren²¹.

Eben gerade in dieser Unmöglichkeit, ohne Widerspruch trotz sachlicher Erwägungen auf die der Willkür unterstellten Rechtsverhältnisse einzuwirken, offenbart sich nach Burckhardt das wahre Problem des Schutzes erworbener Rechte²². Diese Tatsache hat denn auch zur Folge, daß die Entscheidung über die Zulässigkeit der Rückwirkung nicht allgemein gültig gefällt werden kann. Es treffen bei der Kollision von privatem und öffentlichem Recht zwei grundverschiedene Systeme zusammen, die sich nicht ohne Widerspruch, d.h. nicht ohne eine gewisse Willkür vereinen lassen. Die Folgerichtigkeit kann in einer solchen Situation nur mehr oder weniger

19 S. 98.

20 Es stellt sich die Frage, ob nicht die bestehenden Zustände »billigerweise« erhalten bleiben sollen.

21 S. 96.

22 S. 97.

verwirklicht werden; es muß ein Kompromiß getroffen werden, weil keine oder nur weit entfernte, unbedeutende gemeinsame Anknüpfungspunkte bestehen²³.

Das Gleiche muß leider in Bezug auf die «uneigentliche» Rückwirkung festgestellt werden, d.h. für jene Fälle, wo neue Normen die Privatautonomie des Einzelnen nur indirekt über das Vermögen treffen²⁴. Die Entscheidung über dieses Problem ist nach der Auffassung Burckhardt's eine rein rechtspolitische Aufgabe. Es sei Sache des Gesetzgebers, im Einzelfall zu entscheiden, ob er solche privatrechtlichen Interessen schützen will oder nicht.

Kann Burckhardt auf die Frage der Rückwirkung des zwingenden Rechts gegenüber den Gestaltungen der bisherigen Privatautonomie somit keine allgemeingültige Antwort geben, so gelingt ihm das dagegen für die Entschädigungspflicht des Staates bei der Rückwirkung im eigentlichen und im uneigentlichen Sinn. Diese allgemeingültige Feststellung der Entschädigungsvoraussetzungen soll hier jedoch nicht näher erörtert werden, da sie unser Problem nur am Rande streift.

Unser geschichtliche Uebersicht würde wohl eine große Lücke aufweisen, wenn nicht auch die schöpferische **Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte**, vor allem des Bundesgerichts, kurz erwähnt würde. Im Gegensatz zur deutschen Verwaltungsrechtssprechung ist die schweizerische Praxis bezüglich der Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung wenig verbreitet und zur Geltung gebracht worden. Es stand ihr eben keine so entwickelte Verwaltungsrechtswissenschaft zur Seite, die ihre Entscheidungen kritisierte und analysierte, wie das in anderen Ländern der Fall war.

Es lag den schweizerischen Gerichten verhältnismäßig nahe, in Verwaltungsstreitsachen ebenfalls zivilrechtliche Grundsätze — wie z.B. das Prinzip der Nichtrückwirkung — zur Anwendung zu bringen; denn es waren ja vor allem Zivilgerichte, die zusätzlich auch Verwaltungsgerichtsbarkeit ausübten. Die Uebernahme von im Privatrecht entwickelten Theorien konnte umso eher verantwortet werden, als diese Ergebnisse von den Gesetzgebern positiviert wurden. Das berühmte und lehrreiche Beispiel einer solchen Transformation lieferte die Praxis des preussischen Oberverwaltungsgerichtes. Ihm folgten später auch die schweizerischen Gerichte. Sie

23 S. 102 f.

24 S. 99 f: Burckhardt nennt als Beispiel den Fall, wo ein neues Medizinalgesetz weitergehende Voraussetzungen an die Ausübung des Aerzteberufes stellt und deren Erfüllung auch von den bereits praktizierenden Aerzten verlangt.

blieben jedoch nicht bei den vom Ausland bezogenen Ergebnissen stehen. In etlichen Entscheiden ließen sie vielmehr durchblicken, daß der Gesetzgeber nicht nur auf den Schutz der wohlerworbenen Rechte verpflichtet sei, sondern daß er ganz allgemein nicht uneingeschränkt die Rückwirkung anordnen dürfe²⁵.

Woran die Gerichte jedoch die Zulässigkeit einer Rückwirkungsbestimmung prüfen, tritt nicht sofort klar zu tage. Dabei ist doch gerade dies die Kardinalfrage, durch deren Beantwortung der Grundsatz seine effektive Tragweite erhält, mit deren Beantwortung er steht und fällt. Ob sich aus dem Inhalt oder dem Wortlaut oder auch den Intentionen der fraglichen Urteile der gesuchte Maßstab zur Beurteilung der Zulässigkeit der Rückwirkung finden läßt, wird im vierten und fünften Teil dieser Arbeit zu untersuchen sein.

§ 2 Die Frage der Gültigkeit des Grundsatzes im öffentlichen Recht

Die historisch-kritische Darstellung der Geschichte des Prinzips der Nichtrückwirkung dürfte wohl unstreitig die Notwendigkeit einer weiteren Erforschung des Grundsatzes ergeben haben¹.

Ueber diese Notwendigkeit darf auch die augenscheinliche prinzipielle Konkordanz der Meinungen in der Verwaltungsrechtslehre nicht hinwegtäuschen. Hinter den vielfach ohne nähere Begründung behaupteten übereinstimmenden »Feststellungen« stecken viele unbeachtete Probleme. Das gilt ganz besonders für die Frage der Positivität, der Gültigkeit des Prinzips der Nichtrückwirkung im öffentlichen Recht. Die hauptsächlichste Beweisführung hierfür — wenn man die Bemerkungen der Autoren des Verwaltungsrechts überhaupt so bezeichnen will — besteht lediglich im Hinweis auf die unbestrittene Gültigkeit des Prinzips im Privatrecht².

Diesem Vorgehen liegt die an sich richtige Erkenntnis zugrunde, »daß die beiden Rechtsgebiete im wesentlichen auf den gleichen ideellen Grundlagen beruhen«^{3 4}. Der Unterschied zwischen dem

25 z.B. BGE 74 I 523 ff und ausführlich: unten 5. Teil.

1 Dies darf auch gegen E. Blumenstein, MBVR 1938, S. 280 gesagt werden mit dem schlichten Hinweis auf die Tatsache, daß von ihm in Betracht gezogene, scheinbar feststehende Praxis heute als überholt gelten muß. Vgl. z.B. BGE 67 I 188 gegenüber BGE 26 I Nr. 12.

2 so z.B. Fleiner: Institutionen, S. 188.

3 Oftinger: in SJZ 1940/41, S. 225.

4 Kägi, S. 42.

Comment: in ZSR n. F. 57, S. 217a ff, 480a.

Privatrecht und dem öffentlichen Recht ist wohl kein rechtswesentlicher, aprioristischer, sondern bloß ein rechtsinhaltlicher⁵. Ihre Inhalte sind wiederum nicht durch einen tiefen Graben getrennt, sondern ergänzen und »durchdringen« einander gegenseitig⁶, sodaß es oft schwer hält, den öffentlichrechtlichen vom privatrechtlichen Inhalt zu unterscheiden.

Es ist ferner eine bekannte Tatsache, daß sich einzelne Rechtsgedanken widersprechen können (aber nicht widersprechen müssen). Sie sind jedoch Inhalte der gleichen Rechtsordnung, ob sie im Privatrecht oder im öffentlichen Recht mehr zum Ausdruck kommen. Wenn nun die Rechtsordnung dem Vorwurf der Zersplitterung, der Ziellosigkeit entgehen will, so darf sie diese sich bis zu einem gewissen Grad widersprechenden Rechtsgedanken nicht zu absoluter Geltung bringen, auch wenn das in den beiden Teilen, im öffentlichen Recht und Privatrecht getrennt geschieht. Die Rechtsordnung muß immer einen Kompromiß treffen in dieser Beziehung.

Insofern würde daher die Uebernahme des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ins öffentliche Recht in Ordnung gehen. Verschiedentlich wird aber behauptet, die materiellen Grundlagen seien im öffentlichen Recht andere als im Privatrecht⁷. Diese Ansichten stellen aber eine Verabsolutierung bestehender, nicht zu leugnender Unterschiede dar. Zuzugeben ist, daß im öffentlichen Recht vor allem öffentliche Interessen, im Privatrecht vorwiegend private Interessen zur Geltung kommen. Öffentliches Recht und Privatrecht sind aber schon deshalb nicht total voneinander verschieden, weil eben die beiden Interessenarten nicht ausschließlich je einem Rechtskreis angehören. Dazu kommt noch, daß sich eine scharfe Trennung von öffentlichem und privatem Interesse niemals durchführen läßt^{8 9}. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist nämlich zu komplex und zu relativ^{10 11}. Einerseits werden nicht

5 Kelsen: Hauptprobleme, S. 267, Reine Rechtslehre, S. 39 f, 109 ff;
Merkel: Verwaltungsrecht, S. 80 f.

6 Fleiner: Institutionen, S. 59 ff.

7 Nawiasky: Rechtslehre, S. 254 f und dort zitierte Autoren.

8 Merkel: Rechtskraft, S. 257: »In jedem Rechtssatz tritt uns ein bestimmtes öffentliches Interesse entgegen.«

9 Imboden: Bundesrecht, S. 149 ff, weist ebenfalls auf die Symbiose von privatem und öffentlichem Interesse hin. Durch die Verwirklichung der individuellen Interessen wird indirekt das objektive staatliche Interesse verwirklicht.

10 Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 58;

Merkel: Rechtskraft, S. 257; Kelsen: ASTL, S. 47 ff.

11 Imboden: Bundesrecht, S. 154.

nur die Interessen des Einzelnen, sondern auch diejenigen ganzer Gruppen als Individualinteressen taxiert. Andererseits ist das öffentliche Interesse im Grunde genommen auch nur eine Summe von Einzelinteressen. Wo ist da die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht zu ziehen? Ist es nicht einfach so, daß das Interesse der mutmaßlich größeren Gruppe unter den interessierten Individuen mit dem öffentlichen Interesse identifiziert wird¹²? Durch die Größe dieser Gruppen, welche dem öffentlichen Interesse als Grundlage dienen, ist aber noch nicht viel ausgesagt über die Intensität der konkurrierenden Interessensummen. Wenn wir jedoch bei der Handhabung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung eine Abwägung der Interessenlage vorzunehmen haben, wie wir noch sehen werden, so wird dabei eben in 1. Linie nicht die Größe der Gruppen, sondern der Intensitätsgrad der gegenüberstehenden Interessen maßgebend sein.

Die publizistischen Autoren — um zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurückzukehren — erkannten wohl ebenfalls, daß die Situation hinsichtlich der Anwendung des Prinzips der Nichtrückwirkung im Privatrecht ähnlich ist wie im öffentlichen Recht, und haben daher die Gültigkeit des Prinzips im öffentlichen Recht kurzerhand mit der allgemeinen Gültigkeit im Privatrecht belegt. Wenn aber auch die Geltung des Grundsatzes im Privatrecht ganz allgemein anerkannt wird, so bedeutet das noch nicht, daß sie zu Recht angenommen wird. Eine eingehende Untersuchung zeigt nämlich, daß die Argumentation für die Gültigkeit des Grundsatzes im Privatrecht ebenfalls auf recht wackeligen Füßen steht. Entweder wird die Gültigkeit mit der umfassenden Anwendung »in allen Kulturstaaten« zu belegen versucht¹³. Oder dann wird behauptet, das Prinzip sei allgemeingültig, da es ein Ausfluß der Gerechtigkeit und Billigkeit sei. Durch die Berufung auf diese beiden metajuristischen Gründe wird aber eine Stufe zwischen ihnen und dem Grundsatz übersprungen, welche zu seiner Gültigkeit allgemein nötig ist: die auf Grund der ethischen Rechtfertigung erfolgte Verankerung des Prinzips im positiven Recht¹⁴.

Die Herleitung der Geltung des Grundsatzes im öffentlichen Recht aus dem Privatrecht geht somit nicht ganz in Ordnung. Anderer-

12 Holzach, S. 36 und dort zit. Burckhardt: Methode, S. 97.

13 Gierke, I. S. 188. Das ist jedoch kein stichhaltiges Argument, denn das Prinzip könnte auch fälschlicherweise angewendet werden, vgl. aber unten N. 21.

14 Burckhardt: Organisation, S. 170, weist darauf hin, daß es Rechtsgrundsätze außerhalb der geltenden Rechtsordnung nicht geben kann.

seits ist aber auch die Ablehnung des Prinzips im öffentlichen Recht wegen der Verschiedenartigkeit der beiden Rechtsbezirke nicht stichhaltig. Z.B. Burckhardt und vor ihm schon BGE 26 I Nr. 12 bestreiten die Gültigkeit des Grundsatzes im öffentlichen Recht mit dem Hinweis auf den zwingenden Charakter des öffentlichen Rechtes¹⁵. Burckhardt geht zu Recht davon aus, daß sich eine Rückwirkung im nachgiebigen Recht nicht gut rechtfertigen läßt, nicht sinnvoll ist. Wenn man schon vom Gesetz abweichende Rechtsverhältnisse zuläßt, muß man wohl auch die alten abweichenden Rechtsverhältnisse bestehen lassen. Daher entsteht das Problem der Rückwirkung also überhaupt nur da, wo zwingendes Recht an der Rechtsänderung beteiligt ist. Sei es, daß zwingendes Recht nachgiebiges Recht ablöst, sei es, daß zwingende Normen altes zwingendes Recht aufheben.

Burckhardt vertritt nun bekanntlich die Meinung, daß zwingende neue Normen gegenüber alten zwingenden Normen unbeschränkte Rückwirkung besitzen. Dies deshalb, weil nach seiner Ansicht im Bereich des *ius cogens* keine subjektiven, erworbenen Rechte entstehen können und einer Rückwirkung daher auch keine solchen Rechte entgegenstehen könnten¹⁶.

Dieser Argumentation Burckhardt's kann aber nicht beigespflichtet werden. Aus dem Charakter des zwingenden Rechts kann nicht schon auf eine angeborene Rückwirkung geschlossen werden. Das zwingende öffentliche Recht verfolgt zwar primär die soeben als relativ erkannten Allgemeininteressen. Eine Formulierung der Gegensätze zwischen zwingendem und dispositiven Recht: zwingendes Recht berücksichtigt nur öffentliche Interessen, nachgiebiges Recht nur private Interessen, stellt eine wiederum nicht ganz zutreffende Verabsolutierung der Gegensätze dar¹⁷. So ist der zwingende Charakter einer Norm zwar ein Indiz, ein Symptom für ein großes Gemeininteresse, welches hinter dem Rechtssatz steht. Wie die verschiedenen Interessen bei der Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung jedoch abgewogen werden müssen, wird durch

15 Vgl. oben S. 36 ff.

16 Organisation, S. 97.

17 Imboden: Nichtigkeit, S. 79: »Wohlerworbene Rechte . . . können durch die Rechtsordnung eine besondere Wertung erfahren und unter diesem Gesichtspunkt die Nichtigkeit der sie verletzenden Anordnungen bedingen. Das zeigt, daß im Bereiche des zwingenden öffentlichen Rechtes ein scharfer Gegensatz zwischen privaten und öffentlichen Interessen überhaupt nicht bestehen kann. Wenn das Gesetz ein privates Interesse schützt, so hat es damit dieses Gut gleichzeitig auch zum Bestandteil der öffentlichen Ordnung erhoben.«

den zwingenden Charakter des alten und des neuen Rechtes nicht im voraus entschieden¹⁸. Durch das zwingende Recht werden nämlich nicht nur öffentliche Interessen, sondern — wenn oft auch nur nebenbei — teilweise Einzelinteressen in mehr oder weniger weitgehendem Maße mitberücksichtigt und ermöglicht.

Der zwingende neue Rechtssatz, welcher durch ein sogenanntes öffentliches Interesse gefordert worden ist, steht somit vor einer ähnlichen Situation, ob er nun *ius cogens* oder *ius dispositivum* abändern will. Er hat eine Interessenkonstellation vor sich, in welcher altrechtliche Einzel- und öffentliche Interessen (z.B. Rechtssicherheit, Prinzip von Treu und Glauben, Berechenbarkeit des Rechts) und neue, mehr oder weniger dringende öffentliche Interessen sowie entstehende Einzelinteressen einander gegenüberstehen.

Unser Problem ist also weiter zu fassen, als Burckhardt meint, und allgemein festzuhalten, daß es überall da akut wird, wo neue zwingende Normen irgendwie geartetem alten Recht gegenübertreten. Die Untersuchungen haben auch gezeigt, daß in unserem Problem eigentlich eine Konkurrenz entgegengesetzter Interessen entschieden werden muß. Da bei jeder Interessenkonstellation, d.h. bei jeder Rechtsänderung die entgegengesetzten Interessen verschieden groß sind, kann unser Problem, die Frage der Rückwirkung auch nicht ein für allemal, allgemeingültig beantwortet werden. Es ist vielmehr Aufgabe des Schöpfers der neuen zwingenden Norm, die Frage jedesmal durch Wertung und Abwägung der Interessen zu entscheiden¹⁹.

Diese Feststellungen bedeuten nun für den Grundsatz der Nichtrückwirkung, daß im Gegensatz zur bisherigen Forschung und Praxis nicht nur immer vom Begriff der Nichtrückwirkung oder der Konzeption der wohlerworbenen Rechte ausgegangen werden darf, um von daher den Fragenkreis unseres Problems zu bestimmen. Es ist in erster Linie die hinter dem Begriff versteckte, primäre Interessenkonstellation hervorzuheben. Und sie ist zum maßgebenden Ausgangspunkt der Untersuchungen zu stempeln. Die sich hiebei ergebenden Fragen sollen durch die bereits erwähnte Wertung der Interessen gelöst werden. Dieses nicht ausschließlich begrifflich-logische Vorgehen ist jedoch nicht willkürlich; denn die Abwägung wird nicht nach außerrechtlichen Werten getroffen. Jede Interessen-

18 Vgl. oben S. 40 f.

19 Imboden: Nichtigkeit, S. 79, » . . . die qualitative Wertung des geschützten Rechtsgutes durch die Rechtsordnung kann eine verschieden starke sein. Gerade auf diesen von der Rechtsordnung einer Vorschrift beigemessenen Wert kommt es aber letztlich an, wenn entschieden werden soll« (bei uns die Frage der Rückwirkung).

lage wird erfaßt durch die Wertordnung des betreffenden Rechtssystems. Und diese jeder Rechtsordnung zugrundeliegenden Maßstäbe, Werte gilt es, in unserem Spezialproblem anzuwenden^{19a}. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung soll dabei aber nicht einfach beiseite geschoben werden.

Er ist keineswegs überflüssig geworden, aber er ist ins rechte Licht zu stellen. Es wird zu ergründen sein, welche Wertung er in sich birgt, wozu er noch zu gebrauchen ist. Sicherlich kann er nicht die Wertung für den Einzelfall bereits im voraus fertig verschaffen²⁰, aber er kann dem wertenden Normgeber und Rechtsanwender den allgemeinen Maßstab der Rechtsordnung sowie den Weg zu ihrer richtigen Anwendung im Einzelfall vermitteln. Dadurch kommt dem Grundsatz eine enorme Bedeutung zu, eine Aufgabe und ein Sinn, die es rechtfertigen, ihn gründlicher zu untersuchen.

Abschließend läßt sich wohl zwangslös der Schluß ziehen, daß das in diesem Abschnitt gestellte Problem nicht allgemeingültig gelöst werden kann. Die Frage der Gültigkeit des Grundsatzes der Nichtrückwirkung kann — wie die Kritik der herrschenden Beweisführungen ergeben hat — nur aus der einzelnen Rechtsordnung heraus beantwortet werden. Je nachdem, ob und wie das Prinzip sich in der konkreten Rechtsordnung verankern läßt, ist sein Geltungsbereich umfassender oder kleiner. Aber auch sein Inhalt läßt sich nach den letzten Ausführungen nicht allgemeingültig festlegen. Da der Inhalt des Prinzips eine Wertung in sich birgt, variiert er je nach der Wertordnung, welche die einzelne Rechtsordnung aufstellt²¹.

Wenn wir im folgenden zweiten Teil der Arbeit die allgemein mögliche Tragweite des Grundsatzes der Nichtrückwirkung bestimmen wollen, so müssen wir daher wohl in erster Linie vom Allgemeingültigen, d.h. vom Begriff der Rückwirkung und der Struktur des Grundsatzes ausgehen, resp. die dahinter liegende Interessenslage als Ausgangspunkt wählen.

Der Begriff des Grundsatzes kann leider nicht nur mit dem Hinweis auf eine Definition klargestellt und dann sofort das dahinterliegende materielle Problem in Angriff genommen werden, weil man

19a Vgl. den Schluß von Anmerkung 19.

20 Imboden: Nichtigkeit, S. 79.

21 Gierke hat aber mit seiner Behauptung, daß der Grundsatz in allen Kulturstaaen gelte, dennoch in einem gewissen Sinne recht (Vgl. Privatrecht I, 188). Die von ihm ins Auge gefaßten Rechtsordnungen besitzen alle ähnliche Wertsysteme, sodaß der sie ausführende Grundsatz der Nichtrückwirkung in diesen Ländern gleichen oder ähnlichen Inhalt aufweist.

sich über ihn noch gar nicht einig ist. Es ergeht ihm wie vielen anderen Begriffen. Indem ihm ganz verschiedenartige Bedeutungen zugewiesen werden, gibt er häufig Anlaß zu Mißverständnissen und zum Aneinandervorbeisprechen²². Es besteht somit die primäre Aufgabe, die verschiedenen Begriffe resp. die unterschiedlich aufgefaßte Tragweite des Grundsatzes der Nichtrückwirkung zu ermitteln. Das bedeutet aber, daß vor allem das Verhältnis des Prinzips der Nichtrückwirkung zu der Theorie der wohlerworbenen Rechte abzuklären ist, weil es am meisten Verwirrung und Meinungsverschiedenheiten bewirkt hat.

22 Imboden: ZSR 1947, S. 76a . Er schreibt solche Begriffsverwirrungen, eine derartige Labilität verwaltungsrechtlicher Begriffe in weitgehendem Maße dem Fehlen «einer von einer qualifizierten Instanz geschaffenen Judikatur» zu.

II. TEIL

Die Tragweite des Grundsatzes

§ 1 Die Theorie der wohlerworbenen Rechte und ihr Verhältnis zum Grundsatz der Nichtrückwirkung

Dogmengeschichte und Gerichtspraxis zum Grundsatz der »Nicht-rückwirkung« haben gezeigt, daß zur Festlegung des zeitlichen Geltungsbereiches von Rechtsnormen vor allem die beiden Kriterien des Schutzes wohlerworbenener Rechte und des Prinzips der »Nicht-rückwirkung« verwendet werden. Bald behandelt man diese beiden Hilfsmittel gesondert, bald werden sie zu einem einzigen Grundsatz der »Nichtrückwirkung« verschmolzen. Es drängt sich nun naturgemäß die Frage auf, in welchem Verhältnis die beiden Kriterien in Wirklichkeit zueinander stehen.

I. Die Theorie der wohlerworbenen Rechte

An der Spitze der Erörterungen der Lehre von den wohlerworbenen Rechten sollte eigentlich ein Résumé über die subjektiven Rechte im privaten und öffentlichen Recht, über die Theorien der gesetzlichen Rechte und der Reflexrechte gegeben werden. Doch würde das den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Es soll auf diese Probleme nur soweit eingegangen werden, als es absolut notwendig erscheint.

Unter einem subjektiven Recht versteht die herrschende Lehre die konkrete Verwirklichung eines objektiven, abstrakten Grundsatzes¹. Als Prototyp des subjektiven Rechtes wird das Eigentum betrachtet. Was das subjektive Recht gegenüber dem objektiven

1 Vgl. z. B. Burckhardt: Organisation, S. 80.

Recht vor allem auszeichnet, ist die freie Verfügbarkeit darüber. Daß am Besitz solcher subjektiver Rechte ein großes Interesse der darüber Verfügenden besteht, leuchtet ein. Das Bestreben der Einzelnen ist denn auch schon immer wieder dahin gegangen, die einmal entstandenen subjektiven Rechte nicht nur vor Eingriffen anderer subjektiven Rechte, sondern auch vor Störungen durch das objektive Recht zu schützen. Diese Tendenz läßt sich besonders in jenen Zeitabschnitten konstatieren, wo die Individualität der Menschen hochgehalten wurde². Selbstverständlich konnte ein solcher Schutz nur in einer stufenweisen Entwicklung verwirklicht werden. So entstanden bereits im Mittelalter verschiedene Theorien, die versuchten, besonders wertvolle subjektive Rechte von den übrigen Berechtigungen zu trennen und zu schützen. Diese schützenswerten Rechte wurden als wohlerworbene Rechte bezeichnet, Rechte die im später aufkommenen Naturrecht als *iura connata* aufgefaßt wurden. Andere Berechtigungen wurden als bloß faktische Interessen bezeichnet und als nicht schutzwürdig erklärt, weil sie die erlaubenden objektiven Normen nicht ihren Schutz bezweckten, sondern diesen Vorteil rein zufällig vermittelten³. Doch stehen diese »grundsätzlichen« Kategorien bis jetzt weder theoretisch noch praktisch fest⁴, und können daher auch nicht als allgemeingültig betrachtet werden⁵.

Es wurden — wie gesagt — im Laufe der Jahrhunderte gewisse Arten von subjektiven Rechten ausgesondert, um ihnen den erwähnten umfassenden Schutz zu gewähren. Wie die obgenannten Kategorien der Rechte, so sind aber auch Merkmal und Umfang der wichtigsten Kategorie, der wohlerworbenen Rechte, noch keineswegs allgemein anerkannt. Am verbreitetsten dürfte die von Stobbe klassisch formulierte Rechtstiteltheorie sein: Nur solche Berechtigungen, die durch besondern Titel, d. h. durch das Dazwischentreten eines individuellen Begründungsaktes entstanden sind, gehören zu den wohlerworbenen Rechten.

Beherrschten die subjektiven Rechte bis zur Naturrechtsepoche nur das Privatrecht, so drang von jener Zeit an die Vorstellung des subjektiven Rechtes über die Erklärung der Menschenrechte und die Verfassungen der französischen Revolution auch ins öffentliche

2 Vgl. zum Folgenden: 1. Teil § 1 und § 2.

3 Jellinek: ausführlich System, S. 63 ff.

4 D. Schindler: »Werdende Rechte« in Festgabe Fleiner 1927, S. 400. Bosshardt, S. 11 ff.

5 Imboden: Tragweite, SJZ 40, S. 271.

Recht ein ⁶. Im öffentlichen Recht ist aber der Bestand dieser Rechte heute eher noch mehr umstritten als die Existenz wohlervorbener Rechte im Privatrecht ⁷.

Für die wissenschaftliche Erforschung des zeitlichen Geltungsgebietes verwaltungsrechtlicher Normen sind jedoch weniger die verschiedenen Meinungen über die Anzahl der zu schützenden Rechte wesentlich. Wichtig ist in erster Linie der Grundgedanke, welcher hinter all diesen Bemühungen steht. Die wohlervorbenen Rechte sind nämlich im Grunde genommen nichts anderes als der »Ausdruck gleichartiger, sich auch in verschiedenartigen Rechtsordnungen wiederholender, charakteristischer Interessen- (und Wert-) -lagen« ⁸. Nach Auffassung der Verteidiger der wohlervorbenen Rechte sollten nun diese Interessenkonstellationen immer im Sinne der Berücksichtigung und des Schutzes der alten Interessen entschieden werden.

Daß so vor allem Rechte geschützt werden sollten, die mit dem Träger in enger Beziehung standen, welche er nur dank besonderer Aktivität erworben hatte, deren Inhalte ein Interesse von großer Tragweite umfaßten, versteht sich von selbst. Zu Recht wurde in ihnen ein erhöhtes, schützenswerteres Interesse des Einzelnen vermutet, als bei den übrigen »Berechtigungen«. Diese Vermutung darf nach Ansicht der Theorie der wohlervorbenen Rechte der Schöpfer von neuen, den alten widersprechenden, allgemeinen oder individuellen Normen nicht übersehen. Ja, er ist sogar verpflichtet, solche bereits bestehende wohlervorbene Rechte absolut unberührt zu lassen. Dies alles drückt die Theorie im bekannten Schlagwort aus: »Wohlervorbene Rechte sind zu schützen«.

Schon früh mußte sich die Lehre aber zur Erkenntnis durchringen, daß die wohlervorbenen Rechte keine absoluten Schranken für den Normgeber sein können. Unter Umständen muß es einfach dem Setzer neuen Rechtes gestattet sein, auch die erworbenen Rechte zu verletzen. Es wäre deshalb Aufgabe der genannten Lehre gewesen, festzustellen, wann der Gesetzgeber die erworbenen Rechte verletzen darf. Leider verhielt sie sich aber passiv, indem sie im allgemeinen einzig die Folgen der Verletzung wohlervorbener

6 Vgl. oben 1. Teil, § 2, II.

7 Ausführlich die grundlegende Arbeit von Georg Jellinek, sowie Ottmar Bühler: »Zur Theorie des subj. öffentl. Rechtes«, in Festgabe Fleiner 1927, S. 26—58.

8 So Imboden: Nichtigkeit, S. 68, für die verschiedenen typischen Nichtigkeitsgründe.

Rechte neu regelte, d.h. eine Entschädigung für jede Beeinträchtigung der erwähnten Rechte forderte.

Das obgenannte Schlagwort reduziert sich somit in Wirklichkeit auf den Satz: »Wohlerworbene Rechte können nicht ohne Entschädigung entzogen werden«. Dadurch aber erfahren die erworbenen Rechte eine gewaltige Abwertung. War bisher die Nichtaufhebbarkeit solcher Berechtigungen wenigstens im Prinzip behauptet und gefordert worden, so wird jetzt nur noch eine besondere Behandlung bei der Beeinträchtigung verlangt. Angesichts dieser Tatsache ist die Ansicht von Pfaff-Hofmann zu verstehen, welche den Begriff der wohlerworbenen Rechte auf sog. Vermögenswerte beschränkt wissen wollen; denn lediglich geldwerte Interessen können durch Entschädigung aufgewogen werden, d.h. unter die besondere Behandlung der wohlerworbenen Rechte fallen⁹.

Trotz ihrer Unsicherheit und ihrer noch weitgehenden Entwicklungsbedürftigkeit hat die Lehre von den wohlerworbenen Rechten nicht nur auf die Theorie einen großen Einfluß ausgeübt, sondern war und ist auch heute noch ein wertvolles Hilfsmittel in der Gesetzgebung und Rechtsanwendung des gesamten Rechts¹⁰. Diese enorme Bedeutung der vorliegenden Theorie rechtfertigt denn auch die eingehende Berücksichtigung ihrer Ideen, wie sie hier zum Ausdruck kommen sollte.

II. Der Grundsatz der »Nichtrückwirkung«

Obwohl das Prinzip der »Nichtrückwirkung« in der Formel: »Neue Gesetze wirken nicht zurück« älter ist als die Doktrin der wohlerworbenen Rechte, wird es viel weniger zur Entscheidung von Fragen des zeitlichen Geltungsbereiches herangezogen als der Leitsatz der Unverletzlichkeit wohlerworbener Rechte. Das hat wohl seinen Grund zum Teil darin, daß der Grundsatz der »Nichtrückwirkung« allgemein anerkannt worden ist und wird, daß aber andererseits keineswegs feststeht, was er bedeutet, welcher Rechtsquelle, welchem Rechtsgedanken er entspringt. Der Hinweis auf die Ableitbarkeit des Grundsatzes aus der Gerechtigkeit sowie die scheinbare Einhelligkeit der Theorie¹¹ vermag darüber nicht hinwegzutäuschen. Ob der Grundsatz lediglich ein rechtspolitisches Postulat ist, welches

⁹ Vgl. oben S. 22.

¹⁰ Vgl. unten 5. Teil.

¹¹ Vgl. dazu oben S. 39.

Burckhardt: Organisation, S. 92 ff.

dem Interesse der Rechtssicherheit, der Forderung nach Berechenbarkeit¹² und Verlässlichkeit der Rechtsnormen, sowie dem Prinzip von Treu und Glauben entspricht, oder ob der Grundsatz positives Recht darstellt, ist gar nicht abgeklärt.

Die allgemeinste Formulierung des Grundsatzes ist wohl im Wortlaut, wie ihn Schl. Tit. ZGB Art. 1 enthält, zu sehen: »Die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten (der neuen Norm) eingetreten sind, werden auch nachher gemäß den Bestimmungen beurteilt, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten haben. Demgemäß unterliegen die vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen.« Die »Ausnahmen« dieser grundsätzlichen Nichtrückwirkung werden in den folgenden Artikeln statuiert. Dabei ist es aber nicht sicher, ob diese sog. Ausnahmen wirkliche Abweichungen vom Grundsatz sind. Erschöpft sich der Grundsatz der Nichtrückwirkung im Verbot oder der Vermutung der Nichtrückwirkung oder läßt er an sich unter gewissen Umständen die Rückwirkung zu? Diese Frage muß man sich wohl stellen, denn schon die Römer haben ja bekanntlich das Gebot der Rückwirkung und die gesetzgeberische Möglichkeit zur Anordnung der Rückwirkung in einem Zuge genannt.

Falls der Grundsatz der »Nichtrückwirkung« dem Gesetzgeber bis zu einem gewissen Grade Freiheit in der Statuierung der Rückwirkung gewähren sollte, so stellt sich sofort das weitere, schwierige Problem, wo die Schranken dieser Kompetenz sind. Gerade in der Praxis zeigt sich nämlich oft, daß die Behörden nicht so sehr Mühe haben, festzustellen, ob Rückwirkung vorliegt oder nicht, sondern ob die Rückwirkung berechtigterweise stipuliert worden ist. Daß der Gesetzgeber in der Anordnung der Rückwirkung beschränkt ist, wird in Theorie und Praxis allgemein angenommen, obwohl eigentlich nur Gierke und vor allem Affolter dieses Problem herausgreifen und bearbeiten¹³.

Es bestehen zwei verschiedene Meinungen über die gesetzgeberischen Schranken punkto Rückwirkungsanordnung. Die eine Ansicht verlangt, daß die Frage der Rückwirkung einzig und allein nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden ist. Die zweite

12 Nawiasky: Allgemeine Rechtslehre, S. 68 f.

Pfaff & Hofmann: Exkurse, S. 128 ff.

13 Gierke, I, S. 189.

Vgl oben S. 39 und vor allem unten, 5. Teil

These behauptet die grundsätzliche Nichtrückwirkung der neuen Norm, es sei denn, ein bestimmt gearteter und geprüfter Zweck der neuen Norm rechtfertige eine ebenfalls verhältnismäßige Rückwirkung.

Wie man aber das Mittel der Rückwirkung und sein Verhältnis zum Zweck auch bestimme, der hinter den beiden Auffassungen steckende Grundgedanke ist der gleiche. Man will unter Umständen die altrechtlichen Tatbestände in ihren vergangenen, ev. auch ihren zukünftigen Wirkungen schützen. Der Begriff des altrechtlichen Tatbestandes ist dabei sehr weit zu fassen. Es sollen nicht nur Rechtsverhältnisse im subjektiven Sinne, sondern auch Rechtsverhältnisse im objektiven Sinne miterfaßt werden¹⁴. Dieser große Umfang des Grundsatzes der Nichtrückwirkung resultiert aus der unvoreingenommenen Interpretation des Begriffes »Tatsache«, wie er auch im zitierten Schl. Tit. ZGB Art. 1 verwendet wird. Es kann z. B. als solche »Tatsache« angesehen werden, daß der Einzelmensch einer bestimmten rechtlichen Ordnung untersteht. Dadurch ergibt sich für ihn ein gewisses, bereits ev. schützenswertes Verhältnis zum objektiven Recht, indem er in dessen persönlichen Geltungsbereich eingeschlossen wird.

Konsequenz der allgemeinsten Interpretation des Wortes »Tatsache« ist, daß auch blosse Möglichkeiten, die unter dem alten Recht bestanden, unter Umständen geschützt werden: Der Einzelne stand in objektivem Rechtsverhältnis zum virtuellen Partner, verbunden durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit. Dies war wohl auch schon die Meinung der Römer, indem sie ja den Schutz des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ebenfalls den blossen Möglichkeiten und Erwartungen teilweise zukommen liessen¹⁵.

Es gibt somit eigentlich keine vom Gesetze zugelassenen Interessen, welche nicht durch das Prinzip der Nichtrückwirkung gedeckt werden könnten. Es existieren ja auch keine berücksichtigten Interessen, welche nicht zugleich rechtliche Interessen wären. Gewisse Interessen werden nur deshalb als faktische bezeichnet, weil die sie deckende Norm ihren Schutz nur zufällig im Gefolge gehabt habe. Demgegenüber ist zu präzisieren, daß eben die objektive, abstrakte Form des Rechtssatzes gewählt worden ist, um möglichst Zufälle auszuschalten, um möglichst vieles zu erfassen und zu regeln. Dabei sind nun — wenn auch nur ganz am Rande — auch »faktische«

¹⁴ dazu Affolter, II, 148 ff., besonders S. 156 f.
¹⁵ eingehend bekanntlich Bergmann, §§ 4, 22 und 30.

Interessen miteinbezogen und damit zu rechtlich geschützten Interessen gestempelt worden.

Der richtig verstandene Grundsatz der Nichtrückwirkung umfaßt somit nicht lediglich einzelne typische Tatbestände, sondern trifft alle Interessenlagen, die irgendwie rechtliche Bedeutung besitzen.

III. Die Gegenüberstellung der beiden Prinzipien

Schon aus den knappen strukturellen Untersuchungen der vorhergehenden Abschnitte kann der Schluß gezogen werden, daß sich das Prinzip der wohlerworbenen Rechte und dasjenige der Nichtrückwirkung nicht ganz decken. Wenn Affolter diese beiden Ansichten als subjektive und objektive Fassung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung bezeichnet¹⁶, so will er damit die gleiche Feststellung treffen. Die subjektive Betrachtungsweise ist nämlich per definitionem die engere als die objektive Fassung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung.

Die materielle Grundlage der beiden Betrachtungsweisen ist anscheinend eine gemeinsame: Es werden beidseits ganz bestimmte Interessenkollisionen anvisiert, in welchen besonders schützenswert erscheinende Interessen bewahrt werden sollen vor gesetzgeberischen Eingriffen. Der Unterschied zwischen den konkurrierenden Standpunkten liegt mehr in der formellen Auswahl der Interessen. Und gerade in dieser Auswahl, in der starken und starren Begrenzung des Schutzbereiches offenbart sich die Mangelhaftigkeit der Lehre von den wohlerworbenen Rechten. Es ist eben eine unumstößliche Tatsache, daß die Merkmale der wohlerworbenen Rechte mehr oder weniger willkürlich und daher nicht allgemeingültig statuiert werden. Es fehlt bei der Auswahl der Interessen der objektive Maßstab. Wenn die subjektive Theorie den objektiven Begriff der wohlerworbenen Rechte behauptet, so gibt sie sich daher einer Selbsttäuschung hin¹⁷. Denn in diesem Begriff steckt m. a. W. eine subjektive Wertung, welche allerdings, wenn einmal getroffen, sich nach formalen Merkmalen fortsetzt.

Wer sich der Mängel der Lehre von den wohlerworbenen Rechten bewußt ist, dem schadet ihr Gedankengut und ihre Formel: »Wohl-

16 Band I, S. 326 ff. und 346 ff.

17 Vgl. zur tautologischen Natur der Formel »Wohlerworbene Rechte sind zu schützen« oben S. 21 f.

erworbene Rechte sind zu schützen« nichts^{17a}. Wenn man sich hingegen, wie es immer und immer wieder vorkommt, auf die wohl erworbenen Rechte als feststehende Phänomene stützt, ohne die dahinter liegende Wertung und deren Beweggründe zu erkennen, so ist diese Theorie gefährlich.

Die Lehre von den wohl erworbenen Rechten führt aus den gleichen Ursachen heraus zu einer weiteren, bereits mehrmals zitierten »unliebsamen« Erscheinung: Werden schon die wohl erworbenen Rechte durch die Abwertung ihrer Schutzbedürftigkeit weniger wirksam geschont¹⁸, so genießen umgekehrt die nicht wohl erworbenen Rechte überhaupt keinen Schutz. Dadurch werden scheinbar logisch absolut korrekte, aber oft gegen die Billigkeit verstoßende Resultate erreicht¹⁹. Es ist der Lehre der wohl erworbenen Rechte wegen dieser Argumentationsweise der Vorwurf zu machen, wie ihn Hafter²⁰ allgemein formuliert hat: Sie bringt »die Jurisprudenz in Gefahr, daß sie in Starrheit verkümmert,« weil sie glaubt, »aus einem Leitsatz in jedem Fall unerbittlich letzte Konsequenzen ziehen zu müssen.«

Abschließend ist festzuhalten, daß die Theorie der erworbenen Rechte zwar den Hauptgedanken des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, den Schutz von Interessen, ebenfalls vertritt. Der Bereich dieses Schutzes ist jedoch beim erstgenannten Prinzip viel kleiner und starrer, während der elastische Grundsatz der Nichtrückwirkung in seiner »objektiven«, allgemeinsten Fassung alle Verhältnisse, welche bei der Normänderung irgendwie rechtliche Bedeutung haben können, erreicht.

Durch die Klärung und Beseitigung dieses einst fruchtbaren, aber auch verwirrenden Dualismus ist wohl eine der Hauptschwierigkeiten der formellen Erfassung des Prinzips der »Nichtrückwirkung« überwunden. Umso klarer kann nun die wirkliche Tragweite des Grundsatzes herauskristallisiert werden.

17a Diese Formeln werden von der Praxis eben immer wieder als »Arbeits-hypothesen« verwendet, vgl. dazu auch Imboden: Bundesrecht, S. 180. Sie lösen aber in der Regel ein Problem summarisch und sind zu wenig variabel, als daß sie theoretisch befriedigend und immer richtig wären. Trotzdem besitzen sie — wie gesagt — eine eminente praktische Bedeutung. Das gilt auch vom Begriff der wohl erworbenen Rechte.

18 Vgl. oben S. 27.

19 Vgl. unten, 5. Teil.

20 Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Allg. Teil, 2. Auflage, Bern 1946, S. 217.

§ 2 Der Begriff der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung

Zunächst erscheint es logisch richtig, bei der Bestimmung der Tragweite des Prinzips der Nichtrückwirkung vom Begriff der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung auszugehen. Denn dieser Begriff dürfte doch wohl zur Klärung des Gehalts des Grundsatzes beitragen.

»Rückwirkung« setzt sich aus den beiden Komponenten »Wirkung« und »zurück« zusammen. In der Frage des zeitlichen Geltungsgebietes von Rechtsnormen bedeutet also Rückwirkung ein Wirken des neuen Rechtes zurück in die Vergangenheit. Das ist aber in einem gewissen Sinne unmöglich. Die Norm kann nicht in der Vergangenheit gewirkt haben, wie sie das gewöhnlich tut: mit Geltung und Verbindlichkeit. Es ist ein Ding der Unmöglichkeit, daß sie schon vor ihrem Entstehen gegolten hat. Auch kann sie ihre Befolgung nicht wohl verlangen für eine Zeit, da man sie noch gar nicht kannte. Es wird daher mit »Rückwirkung« etwas anderes gemeint sein. Die neue Norm, welche sich »Rückwirkung« beilegt, operiert mit einer *F i k t i o n*. Diese besteht darin, daß das neue Recht verlangt, daß Tatsachen, die sich in der Vergangenheit ereignet haben, nachträglich so behandelt werden, als ob die neue Norm damals schon gegolten und die alte Norm nicht mehr existiert hätte¹.

»Rückwirkung« umfaßt aber auch noch ein weiteres Phänomen. »Rückwirkung« ist auch Eigenschaft eines Gesetzes, das zwar die vergangenen, abgeschlossenen Wirkungen eines altrechtlichen Tatbestandes unberührt läßt, aber die neuen zukünftigen, in seiner eigenen Geltungszeit entstehenden Wirkungen dieser alten Rechtsverhältnisse erfaßt². In einem solchen Falle kann aber wohl nicht mehr von einem Zurückwirken in die Vergangenheit gesprochen werden. Wenn die zukünftigen Wirkungen der alten Tatbestände unter der Herrschaft des alten Rechts belassen werden, bedeutet das eine über die prinzipielle Geltungsdauer des alten Rechts hinausgehende Wirkung³.

So vermag der Begriff der »Rückwirkung« weder der genannten Fiktion noch der zweiterwähnten Subsumption einigermaßen gerecht zu werden. Dieser Mangel teilt sich selbstverständlich der Konzep-

1 Vgl. auch die anderslautende Formulierung von Keel, F., S. 94, Stichwort »Rückwirkung«.

2 ausführlich BIZR 38, Nr. 158, S. 379.

3 »Die Geltung des alten Rechts hat aufgehört, seine Verbindlichkeit aber hält an«, Nawiasky, S. 72.

tion der »Nichtrückwirkung« und derjenigen des Grundsatzes der Nichtrückwirkung mit. Es ist z. B. auch dieser begriffliche Defekt, der zu vielen Diskrepanzen in der Auffassung des Gehaltes des Prinzips der Nichtrückwirkung geführt hat.

Der Begriff der »Rückwirkung« resp. »Nichtrückwirkung« ist aber nicht nur ungeeignet, die in dieser Arbeit herauskristallisierte Problematik⁴ zu umschreiben, er ist vielmehr gar nicht notwendig. Es besteht nämlich gar kein selbständiges Problem der Rückwirkung, sondern — wie wir gesehen haben — nur ein solches der Lösung von Interessenkonflikten anlässlich einer Normänderung. Das erkennen wir am besten, wenn wir uns kurz nochmals die Entstehungsgeschichte des Begriffs der »Rückwirkung« vergegenwärtigen: Die Römer kannten den Begriff der Rückwirkung nicht, sondern erfaßten das Problem in seiner Allgemeinheit, wobei sie es im Sinne des grundsätzlichen Schutzes der altrechtlichen Interessen lösen wollten. Die Glossatoren und Postglossatoren sowie die Anhänger der Begriffsjurisprudenz des letzten Jahrhunderts schufen und gestalteten den Begriff der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung, um mit ihrer Hilfe gewisse subjektive Berechtigungen vor umgestaltendem, neuem Recht zu schützen. In der Erkenntnis, daß sie nur durch weise Beschränkung den angestrebten Schutz erreichen konnten, bemühten sich diese Gelehrten bewußt, zu der Erhaltung gewisser, kostbarer subjektiver Rechte das Spezialproblem der Rückwirkung, resp. den Grundsatz der Nichtrückwirkung neuer Gesetze auf wohlervorbene Rechte zu schaffen.

Diese Herausschälung aus dem eigentlichen Fragenkomplex der Interessenabwägung bei der Normänderung bedeutete nicht nur eine Degradierung, sondern eine völlige Vernachlässigung des wahren, allgemeinen Problems, indem es in der Folge gar nicht mehr als solches erkannt wurde. Die Wiedervereinigung des künstlich geschaffenen Spezialproblems mit dem Kernproblem erfolgte denn auch nicht von letzterem aus. Man begnügte sich nämlich in den letzten Jahrhunderten mit einer schrittweisen Ausdehnung des Problems des Grundsatzes der Nichtrückwirkung auf »verwandte« Fragen. Typisch für dieses Vorgehen in der Forschungsarbeit sind auch die Bemühungen der verschiedenen Autoren, welche die großen Schwächen des Begriffs der Nichtrückwirkung erkannten und ihn daher zu ersetzen oder zu nuancieren suchten⁵. Neben Pfaff & Hof-

⁴ Vgl. vor allem oben S. 42 ff.

⁵ Vgl. oben I. Teil, § 1 oder z.B. Giesker-Zeller, S. 1 ff. Dieser Autor findet drei verschiedene Prinzipien, welche alle hinter dem Begriff der Nichtrückwirkung versteckt seien.

mann wollte z. B. Affolter den Begriff der Rückwirkung samt der Lehre von den wohlerworbenen Rechten und ihrer Formulierung durch Savigny in die »juristische Rumpelkammer« werfen⁶. »Auf den Thron« setzte er dafür den Begriff der »Ausschließlichkeit«.

Diese Bemühungen konnten jedoch nichts fruchten. Denn einerseits sind — wie bereits erwähnt⁷ — Begriffe zur Erfassung und Lösung des vorliegenden eigentlichen Problems, zur Wertung von Interessenlagen nicht geeignet. Andererseits wurde infolge der falschen Ausgangsrichtung (die eben darin bestand, eine für ein künstliches Spezialgebiet getroffene begriffliche Umschreibung [Rückwirkung, Ausschließlichkeit usw.] auf weitere, umfassendere Fragen auszudehnen), ein Scheinbegriff entwickelt, der dem zu erfassenden Problem zu guter Letzt gar nicht mehr adäquat war.

Man könnte daher versucht sein, den Grundsatz der »Nichtrückwirkung« irgendwie umzutaufen. Es müsste im neuen Namen zum Ausdruck gebracht werden, daß das Prinzip durch Statuierung gewisser allgemeiner Richtlinien den rechtsanwendenden und rechtssetzenden Organen die Interessenabwägungs-Arbeit erleichtern will, welche bei jeder einzelnen Aenderung oder Neueinführung von Rechtsnormen zu leisten ist. Wir werden aber im Folgenden dennoch weiterhin von Rückwirkung und Nichtrückwirkung sprechen, allerdings — wie bis anhin in den eigenen Ausführungen — als pars-pro-toto-Begriffe für das erkannte wirkliche Problem. Der Grund dafür ist der gleiche wie beim Begriff der wohlerworbenen Rechte. Die Wissenschaft wird die Geister, die sie rief, nicht mehr los: In Theorie und Praxis sind bereits allzu viele Aeusserungen und Vorstellungen mit der Konzeption der Nichtrückwirkung verbunden, als daß sie angesichts ihrer Untauglichkeit und Ungenauigkeit liquidierbar wäre. Es ist da eben mit Gierke zu sagen, daß es auf die Genauigkeit der Formulierung in diesem Fall nicht stark ankommen darf, sondern lediglich auf den großen Rechtsgedanken, der damit erfaßt werden soll⁸.

Zusammenfassend ist also die erstaunliche Feststellung⁹ zu machen, daß der Begriff der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung nichts über die wirkliche Tragweite des danach benannten Prinzips der »Nichtrückwirkung« aussagen kann. Zur Bestimmung seiner Bedeutung ist daher nun direkt von der Wirkungsweise des Grund-

6 Siehe Band I, S. 55 f.

7 Vgl. oben S. 43 f und 2. Teil, § 1, N. 17a.

8 Band I, S. 192, Anm. 28.

9 Vgl. aber auch die Bemerkung bei den allg. Ausführungen oben 1. Teil, § 3, S. 43 f.

satzes beim Werten der Interessenlagen, wie sie sich durch das Auftauchen neuer genereller oder individueller Rechtssätze ergeben, auszugehen.

§ 3 Die absolute und relative Bedeutung des Grundsatzes

I. Der Grundsatz als absolutes Verbot der »Rückwirkung«

Aus der geschichtlichen Darstellung des Prinzips der Nichtrückwirkung hat sich ergeben, daß der Grundsatz in zwei gänzlich verschiedenen Kernbedeutungen auftaucht. In die Form des absoluten Verbotes der Rückwirkung kleideten ihn zunächst die Römer in republikanischer Zeit. Wenn nämlich der Grundsatz in dem Sinne aufgefaßt wird, daß er nur die Nichtrückwirkung verlange, daß jede Rückwirkung eine Mißachtung des Grundsatzes involviere, so wird damit praesumiert, daß das Prinzip ein absolutes Verbot darstelle. In dieser Bedeutung hat sich der Grundsatz bis in die Moderne behauptet. So war es z. B. im 19. Jahrhundert vor allem Struve, der jegliche Kompetenz der rechtssetzenden und rechtsanwendenden Organe zur Statuierung der »Rückwirkung« bestritt¹. Die absolute Unveränderbarkeit macht aber den Grundsatz zu einem nicht mehr lebensfähigen Gebilde, denn die moderne Rechtssetzung hat offensichtlich ein durch die Verhältnisse und Anschauungen der Zeit bedingtes Bedürfnis, hie und da die Rückwirkung zu statuieren. Wenn diesen tatsächlichen Gegebenheiten zum Trotz behauptet wird, daß das Prinzip der Nichtrückwirkung ein absolutes Verbot der Rückwirkung bedeute, so hat das schwere Folgen. Wegen den häufig vorkommenden Verstößen gegen das Verbot wird der Grundsatz zu einem unbedeutenden Interpretationsmittel degradiert². Das zeigt sich z. B. klar an einem Teil der bundesgerichtlichen Praxis der Schweiz, wo jede »Rückwirkung« als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtrückwirkung betrachtet wird und wo angesichts der Vielzahl der zulässigen Abweichungen dem Grundsatz nur geringe Tragweite zugeschrieben wird³.

Diese Betrachtungsweise des Prinzips ist wohl eine viel zu enge. Zum Grundsatz der »Nichtrückwirkung« gehört nämlich nicht nur

¹ Vgl. oben S. 19, N. 62.

² z. B. BGE 47 I 16 ff vertritt diese Ansicht.

³ Vgl. unten 5. Teil.

das Verbot der Nichtrückwirkung, sondern auch die sog. Ausnahme, die beschränkte gesetzgeberische Freiheit zur Anordnung der Rückwirkung. Einerseits weist ja bereits die *lex 7 de legib. 1, 14* diese Form auf. Andererseits ergibt auch die Durchsicht der allgemeinen Gerichtspraxis, daß — mindestens teilweise — beide Momente zusammen verwendet werden. Dies vor allem dann, wenn die Frage der Rückwirkung des neuen Rechts vom Gesetz nicht *expressis verbis* entschieden wurde und daher durch Auslegung zu beantworten ist⁴. Das Gebot der Nichtrückwirkung und die beschränkte Rückwirkungsmöglichkeit des Gesetzes sind also nicht als Antithesen zu betrachten⁵, sondern als harmonisierende Komponenten des einen Grundsatzes⁶. Die sich aus dieser Konzeption ergebende allgemeingültige, umfassende Form wird wohl gestatten, die verschiedenen behaupteten Inhalte des Grundsatzes der »Nichtrückwirkung« aufzunehmen und so dem Phänomen des Prinzips der Nichtrückwirkung allseitig und widerspruchslos gerecht zu werden.

II. Der Grundsatz als Ausdruck einer bestimmtgearteten Verhältnisbeziehung

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung, wie er sich seit der spät-römischen Kaiserzeit präsentiert, hat durch die »*nisi nominatim*«-Klausel ein ganz anderes Gesicht bekommen. Die starre Formel des absoluten Verbotes mußte einer elastischeren weichen, d.h. die Rückwirkung ist unter zwei bestimmten Voraussetzungen als zulässig erklärt worden.

Mit der 1., sog. »formellen« Voraussetzung wird die Statuierung der »Rückwirkung« durch den Normgeber verlangt. Die Bedeutung und Rechtfertigung dieser Voraussetzung läuft einerseits auf den im Rechtsstaat wohlbekannten Vorbehalt des Gesetzes hinaus⁷. Andererseits wird damit dem Sinn des Grundsatzes als Nichtrückwirkungsvermutung, die in der Praxis bis jetzt die Hauptbedeutung des Prinzips darstellt, Rechnung getragen. Denn bei einer solchen Konzeption wird der Vermutung der Nichtrückwirkung genügend Spielraum belassen.

Die 2., sog. »materielle« Voraussetzung der Rückwirkung fordert die Berücksichtigung von gewissen, in der Frage der Zulässigkeit

4 Vgl. BGE 74 I S. 470 f, 74 I 103, 61 I 92, ZBl 36, S. 303 ff.

5 so BGE 50 I 74.

6 Das ist wohl auch die Meinung Affolters, wenn er von der »neuern Rechtsregel« spricht, vgl. Band II, S. 2 und 5.

7 Vgl. z. B. auch unten 5. Teil.

der Rückwirkung wesentlichen Elementen. Inwiefern sie bei der Beurteilung der Erlaubtheit der Rückwirkung als Maßstab anwendbar sind, ist bis jetzt nicht genau ermittelt worden und daher nachzuholen. Verlangt wird meist:

A. Die Ausrichtung des Mittels der Rückwirkung auf den Zweck

Der Zweck der neuen Norm bildet mit anderen Worten den Ausgangspunkt für die Bejahung der Erlaubtheit der Rückwirkung. Hinter dem Zweck im Verwaltungsrecht steckt ein irgendwie geartetes öffentliches Interesse. Die Verw.- und Verw.rechtssetztätigkeit charakterisiert sich ja geradezu dadurch, daß in 1. Linie solche öffentliche Interessen, Gemein Zwecke wahrgenommen werden⁸. Ueberall wo also das Primat des öffentlichen Interesses vorherrscht wird an die bloße Zweckentsprechung gedacht^{9a}. So kann eventuell auch die kurz zusammengefaßte Ansicht Fleiners verstanden werden: »Je bedeutungsvoller ein Rechtssatz für das Gemeinwohl ist, umso eher ist die Annahme gerechtfertigt, sein Urheber habe ihn auf bereits bestehende Verhältnisse zur Anwendung bringen wollen«^{8b 9}.

Dieser Entscheidung der Frage nach der Zulässigkeit der Rückwirkung an Hand von reinen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten liegt wohl eine Ueberbetonung der öffentlichen Interessen zugrunde, wie wir sie in den individualistischen, freiheitlichen Rechtsstaaten nicht kennen sollten. Wenn z. B. Adamovich noch 1948 sagt: »Gegenüber dem öffentlichen Interesse, das dem Verwaltungsrecht eignet, haben alle privaten Interessen zurückzutreten«, so bringt er damit klar den Absolutismus des öffentlichen Interesses zum Ausdruck¹⁰. Woher diese Ansicht der Allmacht des öffentl. Interesses wohl stammen mag? Stellt sie etwa einen Nachklang zum historischen Vorgänger des Rechtsstaates, dem Polizeistaat dar, wo die sog. »Wohlfahrt« als öffentliches Interesse prinzipiell über alle übrigen Interessen erhaben war? Aus dem polizeistaatlichen Rechtsdenken ist ja vieles vom

8 Die übrigen Interessen, welche hinter dem Zweck eines jeden rückwirkenden Gesetze liegen, sind allgemein ja nur sekundärer Natur. Das öffentliche Interesse im Zweck gibt den Ausschlag bei der Zulässigkeitsentscheidung.

8a Stier-Somlo, Vgl. oben S. 32 f, neuestens Holzach, S. 68.

8b Institutionen, S. 89.

9 Auch Gierke gehört zu dieser Gruppe. Im Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S. 185 stellt er als materielle Schranke der Rückwirkung auf S. 194 die bloße Zweckentsprechung auf.

10 S. 43.

konstitutionellen Rechtsstaat in Deutschland entlehnt worden¹¹. So ist in der dortigen Rechtssprache noch von der Hoheit des Staates die Rede sowie vom Bürger als Untertan¹². Solche Anschauungen entsprechen aber keineswegs mehr dem heutigen, vor allem dem schweizerischen Rechtsstaat. Der Bürger des Staates ist nicht sein Untertan, sondern ein Teil, ein Glied des Staates. Die Bürger sind nicht um des Staates willen da, sondern umgekehrt. Daher¹³ ist die traditionelle Ueberbetonung des öffentlichen Interesses nicht mehr am Platz. Das heißt aber auch, daß die öffentl. Interessen für die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung nicht mehr schlechthin ausschlaggebend sein dürfen¹⁴.

B. Eine Beziehung zwischen dem Zweck, dem Mittel und einem Drittmaß

Obige Feststellung will besagen, daß der Zweck zwar ein wichtiges¹⁵ Kriterium zur Entscheidung der Erlaubtheit der Rückwirkung ist, daß er aber nicht das einzige ist¹⁶. Erst die Abstimmung des Mittels und des Zweckes auf eine konstante Größe vermag allen vom Prinzip der Nichtrückwirkung zu erfassenden Verhältnissen gerecht zu werden. Diese Auffassung wird implizite von allen Autoren vertreten, die die wohlerworbenen Rechte schützen wollen¹⁷. Wenn von Gerechtigkeit und Billigkeit die Rede ist, so wird damit ebenfalls auf Kriterien verwiesen, die nicht schon durch das Moment der Zweckmäßigkeit voll gedeckt werden. Anders gesagt, wird damit verlangt, daß der Zweck und das Mittel der Rückwirkung zunächst an diese Maßstäbe heranzutragen und mit ihrer Hilfe auf Zulässigkeit zu überprüfen sind.

Ueberdies bestätigen Affolter¹⁸ und implizite auch Burckhardt¹⁹ unsere Feststellung, daß die genannte Beziehung zwischen dem Mit-

11 Vgl. O. Mayer, I, S. 25 ff., Fleiner S. 28 ff.

Giacometti: Grenzziehung S. 1 f.

12 z.B. in den Werken von O. Mayer und Laband.

13 aber auch, weil oben S. 40 f die Relativität der öffentlichen Interessen erkannt worden ist.

14 gegen die Ueberwertung des öffentlichen Interesses auch G. Jellinek: Gesetz, S. 254 ff, 288, ebenso die Praxis: RBRR 1934 Nr. 24, 1942 Nr. 8.

15 Das öffentliche Interesse bildet die Voraussetzung eines jeden Eingriffes in die Privatrechtssphäre des Bürgers: BGE 37 I 524.

17 Savigny, Windscheid usw. aber auch Cicero.

16 Imboden: Bundesrecht, 43: »Daß ein gew. Zweck vom Recht gebilligt wird, bedeutet nicht notwendigerweise, daß auch das Mittel diese Billigung erfährt«, und zit. Burkhardt: Methode, S. 286.

18 z. B. Band II, S. 2.

19 Organisation, S. 98.

tel und dem Zweck einerseits und einem noch zu suchenden objektiven Maßstab andererseits das Charakteristikum des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ist.

Die solchermaßen hervorgehobene und bestätigte Beziehung bedeutet mit andern Worten folgendes: Auch wenn das öffentliche Interesse im Zweck an sich die Rückwirkung verlangen würde, so ist sie doch nicht ipso iure zulässig. Das Mittel der Rückwirkung richtet sich nämlich nicht nur nach dem Zweck, sondern wird wie das öffentliche Interesse in eine gewisse Relation eingebaut und zurückgedämmt.

Die Form des Grundsatzes der Nichtrückwirkung besteht somit aus der Beziehung zwischen dem Zweck, dem Mittel und dem Drittfaktor, einem gewollt konstanten Maßstab dieser Relation.

Steht die Struktur des Grundsatzes fest, so bemerkt man eine auffallende Parallelität, ja sogar eine Identität mit einem ganz andern Prinzip des Rechts. Es ist der in erster Linie als polizeirechtliches Prinzip erachtete **Grundsatz der Verhältnismässigkeit**, der sich hier aufdrängt. Seine Form besteht nämlich in einer Dreiecksbeziehung zwischen Mittel, Zweck und Drittmaß, wie Oberle darlegt²⁰.

Diese strukturelle Gleichartigkeit und Kongruenz der beiden Grundsätze bestätigt in formeller Hinsicht die Richtigkeit der neuesten Thesen der Rechtswissenschaft über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Während er nämlich bis anhin nur für die Rechtsanwendung galt, wird seit kurzem seine teilweise Anwendbarkeit für die höherstufige Rechtsanwendung, die sog. Rechtssetzung behauptet. Einzelne Theoretiker vermuten sogar, daß der Grundsatz der Verhältnismässigkeit das gesamte Recht durchdringe und beherrsche²¹. Die obgenannte Erkenntnis fördert nun diese Thesen, weil sie bestätigt, daß die Form des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auch in andern Rechtsgrundsätzen auftritt, und weil sie zeigt, daß er in der Form des Grundsatzes der Nichtrückwirkung auch auf dem Gebiete der Rechtssetzung in Erscheinung tritt.

Es wird in der Folge interessant sein, zu untersuchen, wie die Identität der beiden Prinzipien in formeller Hinsicht sich auf ihren Inhalt auswirkt.

²⁰ 1. Teil, § 2.

²¹ Giacometti: in der Neuen Zürcher Zeitung vom 28. 3. 1949, Nr. 632.

Marti: S. 158 ff., S. 177.

Oberle, § 1 und § 5, III.

Vgl. auch unten 4. Teil, § 1, IV.

Doch soll vor der Erörterung des Inhaltes unseres Grundsatzes versucht werden, seine Bedeutung rechtstheoretisch klarzustellen. Ausgangspunkt der Betrachtungen werden vor allem die Erkenntnisse der reinen Rechtslehre sein. Denn aus ihnen können für den Grundsatz der Nichtrückwirkung neue, wertvolle juristische Aspekte gewonnen werden.

III. TEIL

Rechtstheoretische Erörterungen des Grundsatzes

Die Beweisführung verschiedener Forscher auf dem Gebiete des intertemporalen Rechts zwingt uns, auch eine vom Inhalt des Rechtes losgelöste Betrachtung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung anzustellen. Nur sie kann zeigen, ob und ev. inwieweit das Prinzip sich aus dem Wesen des Rechts ergibt, oder ob es rein inhaltliche Bedeutung besitzt.

§ 1 Das Problem der Geltung des Rechts

Die Frage der Rückwirkung resp. Nichtrückwirkung ist ein Problem der Geltung, d.h. des Geltungsbereiches des Rechts, wie gleich zu Beginn ausgeführt wurde. Eine Arbeit über diesen Fragenkomplex wäre lückenhaft, wenn nicht wenigstens skizzenhaft die Merkmale der Geltung und der Geltungsgrund des Rechts erörtert würden. Zwar ist es schon so, wie Bosshardt kürzlich ausführte: »Ueber das Wesen des Rechts ist nie Einigkeit zu erzielen. Das Recht existiert ja nur in unsern Köpfen, es ist das, was jeder subjektiv davon denkt, so daß keiner die Richtigkeit seiner Erkenntnis zu beweisen vermag«¹. Aber wenn wir die um die Geltung des Rechts sich drehenden Probleme genauer kennen, können wir auch besser über die hier so wichtige Entstehung und den Untergang von Rechtssätzen diskutieren².

¹ ZBl. 1949, S. 73.

² Vgl. auch Burckhardt: Organisation, S. 168, besonders Note 8.

I. Der Geltungsbegriff des Rechts³

Mit »Geltung« wird »die spezifische Existenz« des Rechts bezeichnet. Eine spezifische Existenz ist es deshalb, weil das Recht ja keine natürliche Tatsache darstellt⁴. Eine Identität von Geltung und Wirklichkeit des Rechts muß geleugnet werden⁵. Aus diesem Grunde, der noch näher auszuführen ist, kann die Geltung des Rechts nicht begriffen werden als seine tatsächliche Befolgung.

Es stimmt zwar, daß wir das geltende Recht in den meisten Fällen an Hand dieses faktischen Merkmals herausfinden können. Doch wird das nicht immer möglich sein. Denn die Geltung des Rechts bedeutet nicht ein »Sein« sondern ein »Sollen«. Das »Sollen« hat aber nur dann einen Sinn, wenn das »Sein« dem »Sollen« nicht schon a priori entspricht, sondern ihm auch widersprechen kann. Es muß eine gewisse, aber nicht allzugroße⁶ Divergenz zwischen dem gewollten Zustand und der Wirklichkeit bestehen⁷.

Die Geltung des Rechts hängt andererseits doch mit seiner Wirksamkeit zusammen. Ein Recht, das überhaupt nicht wirksam ist, nicht verwirklicht werden kann, kann wohl auch nicht Geltung haben. Denn es ist nicht fähig, seine Funktion, einen bestimmten Zustand zu wollen und diesen Willen möglichst durchzusetzen, zu erfüllen.

Zur Verwirklichung des Rechts muß ein gewisses Etwas zum Recht hinzukommen, nämlich eine Macht, welche die Befolgung weitestgehend zu erzwingen vermag. Diese äußere Macht charakterisiert die Geltung des Rechts. Es ist aber die Macht nicht identisch mit dem Recht, sondern sie bedingen einander. Die Macht, die bloße Gewalt als solche kann nicht Recht schaffen. Und das Recht ist nicht in der Lage zu gelten, wenn nicht die stärkste, äußere Macht hinter ihm steht⁸. Die Rechtsgeltung ist nicht Merkmal der Macht, aber umgekehrt die Macht Merkmal des geltenden Rechts.

Das Recht macht sich die Gewalt zunutze, bindet sie, teilt sie, verteilt sie auf Organe, d. h. organisiert sie, wie es das mensch-

3 Allgemein verwendete Literatur: Radbruch: Rechtsphilosophie, Binder: Philosophie des Rechts, Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung, Burckhardt: Organisation, S. 164—228, Kelsen: ASTL, S. 95 ff, Rechtslehre, S. 62 ff.

4 Kelsen: Rechtslehre, S. 7.

5 z.B. Kelsen: Rechtslehre, S. 7, 19 ff, S. 67 ff.
Kägi, S. 9 ff., S. 128.

6 Erläuternd Imboden: Bundesrecht, S. 14 f.

7 Vgl. M. Kelsen: ASTL S. 17 ff, Rechtslehre S. 68 f.

8 Ausführlich Burckhardt: Organisation, S. 172, 179.
Kelsen: ASTL S. 127, Rechtslehre, S. 69 f.

liche Zusammenleben regelt. Die bloße Macht wird durch das Recht in Rechtsmacht, in Kompetenz, in Zuständigkeit des Organes transformiert. Die Geltung des Rechts äußert sich — wie gesagt — prinzipiell in seiner Befolgung, seiner Anwendung. Und diese Anwendung erfolgt durch die Organe im weitesten Sinne des Wortes, die vom Recht geschaffen und mit Kompetenz ausgestattet worden sind.

Anders ausgedrückt will der Begriff der Rechtsgeltung nur besagen, daß eine Rechtsordnung mit einer dahinter stehenden stärksten Macht vorhanden ist.

II. Der Geltungsgrund des Rechts

Es soll gleich zu Beginn daran erinnert werden, daß die Frage nach dem Geltungsgrund nichts zu tun hat mit derjenigen nach der Entstehung des Rechts. Hier interessiert lediglich die Frage nach dem »wie« der Geltung. Wie kann die Geltung eines Rechts begründet, erklärt werden? Daß etwas besteht, ist nämlich noch kein Grund dafür, daß es auch gelten soll.

Wohl aus diesem Grund kann nicht akzeptiert werden, daß das Recht durch die hinter ihm stehende Macht begründet wird. Das würde zudem gegen die vor allem von der reinen Rechtslehre geforderte Methodenreinheit verstoßen ^{8a}.

Aber auch aus der wohl unbestrittenen Tatsache der Notwendigkeit des Rechts kann kein Geltungsgrund abgeleitet werden. Diese Argumentation könnte nur dann vertreten werden, wenn das Recht bloß einen bestimmten Inhalt haben könnte. Sind nun jedoch so viele Inhalte möglich, wie moralische, religiöse und politische Anschauungen bestehen, so kann daher die Notwendigkeit des Rechts kein Geltungsgrund sein.

Man ist andererseits versucht, gemeinsam mit verschiedenen Rechtsphilosophen, das Phänomen der Geltung des Rechts mit seinem Inhalt, der Gerechtigkeit und Billigkeit zu erklären. Hier soll aber versucht werden, den Geltungsgrund des Rechts aus dem Wesen des Rechts zu erklären. Daß Gerechtigkeit und Billigkeit hingegen nicht zum Wesen des Rechts gehören, legt die reine Rechtslehre eindrucklich dar ⁹. Man kann sich fragen, ob diese Ansicht nicht zu absolut sei. Ist eben nicht dieser Inhalt der Gerechtigkeit

8a Kelsen: ASTL S. 34;

Giacometti: Staatsrecht, S. 19: »Es kann nicht mit einem Seinsfaktum ein Sollensfaktum begründet werden«.

9 Kelsen: Rechtslehre, S. 12.

und Richtigkeit des Rechts so eng mit dem Recht verbunden, daß er von seiner Struktur, seinem Wesen nicht vollständig getrennt werden kann, ohne eben eine gewisse Ungenauigkeit zu begehen, ohne eine bestimmte Verfälschung in die Betrachtung einschleichen zu lassen?

Diese Frage muß aber hier nicht beantwortet werden, denn das Argument der Gerechtigkeit und Billigkeit ist aus andern Gründen nicht stichhaltig. Es gibt nämlich so und so viel Recht, das gilt, obwohl es nicht gerecht und richtig ist¹⁰. Die Macht leiht ihre Stärke nicht immer der Rechtsordnung, die einen Anspruch auf Befolgung haben dürfte, weil sie gerecht ist. Andererseits kann aus rein praktischen Gründen¹¹ nur diejenige Rechtsordnung gelten, die sich durchsetzen kann, nicht immer diejenige, die einen Anspruch auf Geltung zu Recht besitzt.

Die vorstehende Einsicht wird bestärkt durch die Erkenntnis der Nichterueirbarkeit der wirklich gerechten Rechtsordnung. Wenn die Macht sich auch der gerechten Rechtsordnung verschreiben wollte, so steht sie vor einem unlösbaren Dilemma. Der Erkenntnisbereich der Menschen ist naturgemäß beschränkt. Die scheinbar objektive Ansicht ist nur die Summe und Einheit der subjektiven Meinungen der Schöpfer einer Rechtsordnung. Die Gerechtigkeit als ein Ideal kann von einer menschlichen Rechtsordnung nur angestrebt, nicht voll verwirklicht werden¹². Die vollständige Verwirklichung scheitert an den Grenzen der menschlichen Erkenntnis. Gerechtigkeit ist also ein mit der Vernunft nicht erfaß-, erkennbares, ein irrationales Ideal¹³.

Damit wird man bei der Aufgabe der Erklärung der Geltung des Rechts vor einen unentwirrbaren Widerspruch gestellt. »Man muß . . . offenbar diesen nach sachlichen Erwägungen unlösbaren sachlichen Streit nach einem andern Kriterium entscheiden und soll ihn doch nach Gründen richtig, also sachlich entscheiden«¹⁴.

10 Genereller, objektiver Geltungsgrund des Rechts kann aber logischerweise nur etwas sein, das für alle Rechtssätze gilt.

11 Vgl. oben S. 64.

12 Ein Ideal ist eben nur solange ein solches, als es nicht ganz verwirklicht werden kann.

13 gl.M. Kelsen: Rechtslehre 14 ff, Nawiasky: Rechtslehre, S. 5, 22 ff.
a.M. Kägi: »Gerechtigkeit ist kein logosfremdes Objekt« (S. 67). Er bekämpft die Ansicht des Relativismus der Werte und behauptet ein Vordringen der Vorstellung, daß es »ein objektives Reich der Werte gebe«.

14 Burckhardt: Organisation, S. 183.

Auch die sog. Anerkennungstheorie vermag die Geltung des Rechts nicht normativ, sondern bloß soziologisch zu erklären¹⁵. Ferner kann die normative Geltung des Rechts nicht aus dem Recht selbst erklärt werden, denn es geht nicht an, etwas in das Recht hineinzulegen, und gleichzeitig zu behaupten, daß es gelte, weil es im Recht enthalten sei^{15a}.

Ohne die weiteren Geltungstheorien noch darzustellen¹⁶, muß wohl festgehalten werden, daß es keine oder nur eine unvollständige Erklärung der normativen Geltung des Rechts gibt. Es ist einfach nicht möglich, die verschiedenen irrationalen Momente, die bei der Geltung des Rechts mitspielen, rational widerspruchslös zu erklären¹⁷. Die Geltung des Rechts besteht eben oft unbegründet. Hingegen soll betont werden, das soziologisch, historisch und psychologisch im Einzelfall eine Erklärung möglich ist¹⁸.

§ 2 Der Stufenbau des Rechts

Der Stufenbau des Rechts¹ soll hier im Anschluß an die Frage der Geltung des Rechts kurz erörtert werden, weil er für die zu untersuchende Geltung verschiedener Rechtssätze bedeutsam ist.

Durch die Bezeichnung »Rechtsordnung« sind schon die Hauptmerkmale dieses Gebildes gegeben und die prinzipielle Aufgabe der Rechtswissenschaft bezeichnet. Man hat die Rechtsnormen zu erkennen und zu ordnen. Geordnet werden sie, indem sie zu einem System vereinigt werden. Dazu sollen den mit »Recht« bezeichneten Phänomenen gemeinsame, immanente Kriterien verwendet werden². Suchen wir nun diese Einheit aus dem Recht zu eruieren, so stoßen wir auf ein ganz bestimmtes Charakteristikum des Rechts.

Die Normen der Moral z. B. sind durch ihren sittlichen Inhalt zu einer Einheit verbunden, leiten ihre Verbindlichkeit aus der inhalt-

15 Giacometti: Staatsrecht, S. 19 f.

15a gl.M. Burckhardt: Organisation, S. 182, N. 43.

16 Eingehend Burckhardt: Organisation, S. 180—210.

17 Burckhardt nennt neben der Gerechtigkeit als irrationale Momente z.B. die Tatsache, daß die Menschen einer Ordnung nicht nur aus logischen Gründen gehorchen. Organisation, S. 186/7. Auch politische Gründe (S. 188) und andere Zufälligkeiten (S. 189) spielen eine Rolle.

18 Burckhardt: Methode, S. 19 ff, Organisation, S. 198 ff. Kelsen: Rechtslehre, S. 9—11.

1 Allgemein verwendete Literatur: Kelsen: Rechtslehre, S. 62 ff; Merkl: Rechtskraft, S. 177 ff; Giacometti: Staatsrecht, § 1.

2 Sander, S. 133, Büchel, S. 36.

lichen Uebereinstimmung mit einer höchsten sittlichen Wertnorm her. Das Recht hingegen wird nicht durch den Inhalt, sondern durch einen formalen Zusammenhang zur Einheit gefügt³. Dieser wird durch die Eigentümlichkeit des Rechts vermittelt, daß es seine Erzeugung selbst regelt. So entscheidet sich, was Recht ist und daher Verbindlichkeit hat, nach der Art seiner Erzeugung⁴. Nur wenn die Norm nach den vom positiven Recht, d.h. der obersten oder davon abgeleiteten Rechtsvorschrift aufgestellten Erzeugungsbedingungen durch spezifischen Akt eines dazu beauftragten Organs geschaffen worden ist, wird sie Recht, erlangt sie rechtliche Geltung. Das bedeutet negativ, daß prinzipiell jede Norm, welche die Erzeugungsvoraussetzungen der in Frage kommenden Rechtsnorm inhaltlich oder formell nicht erfüllt, nicht Recht, nichtig ist⁵, resp. nicht Recht dieser bestimmten Art ist.

Die logisch geforderte Einheit der Rechtsordnung wird durch diesen Erzeugungszusammenhang sichergestellt. Durch Zurückgreifen auf immer höhere Erzeugungsbedingungen wird schließlich eine letzte, oberste Erzeugungsnorm gefunden⁶. Die Einheit des Rechts besteht somit ganz schlicht in der Herleitung aus einem Grundsatz, in der »Rückbeziehbarkeit jedes Rechtssatzes auf eine gemeinsame Grund-, Ursprungsnorm«⁷. Der »formal-dynamische« Zusammenhang des Rechts wird — wie bereits implizite ausgedrückt — nicht durch logische Folgerungen, sondern konkrete Organhandlungen sichergestellt⁸.

Die analytische Betrachtung des Rechts ergibt, daß seine Setzung nicht von der Grundnorm aus radial im Sinne eines planetarischen Systems erfolgt. Es ist vielmehr eine hierarchische Ordnung, eine sog. Stufenordnung. Ein oberster Normkomplex statuiert die Erzeugungsbedingungen, welche für das oberste Organ die Kompetenz

3 Anderer Ansicht ist die Naturrechtslehre, welche den Inhalt des Rechts als für die Rechtseinheit maßgebendes Kriterium bezeichnet

4 Kelsen: ASTL, S. 250, speziell aber in Rechtslehre, S. 63 f. Ebenso Imboden: Bundesrecht, S. 3, Nichtigkeit, S. 119. Dazu Burckhardt: Methode, S. 152.

5 z.B. Merkl: Verwaltungsrecht, S. 195.

Imboden: Bundesrecht, S. 11.

7 Merkl: Einheit, S. 66, Rechtskraft, S. 217.
Büchel, S. 36.

6 Kelsen: Rechtslehre, S. 65.

8 Kelsen: Rechtslehre, S. 19.

Merkl: Rechtskraft, S. 210 ff.

Imboden: Bundesrecht, S. 3.

Giacometti: Staatsrecht, S. 19.

zur Rechtssetzung bedeuten⁹. Das im Rahmen dieser Zuständigkeitsbedingungen gesetzte Recht enthält seinerseits wiederum die Erzeugungsbedingungen für ihm untergeordnetes Recht. Das geht so weiter von Stufe zu Stufe, indem sich das Recht treppenförmig in Akten konkret bestimmter Organe verwirklicht¹⁰.

In der untersten Rechtserzeugungstufe wechselt die Natur der Norm von der generellen zur individuellen Gestaltung¹¹. Diese Konkretisierung einer generellen Norm ist unbedingt notwendig; denn das Recht kann praktisch nur individuell verwirklicht werden. Die generelle Norm als solche ist wohl verbindlich, durchsetzbar jedoch ist nur die von ihr abgeleitete individuelle Norm¹². Andererseits bedarf eine natürliche Tatsache unbedingt ihrer Verknüpfung mit einer generellen Norm, wenn sie eine rechtlich relevante Tatsache abgeben will. Diese Zurechnung erfolgt durch die Individualisierung der generellen Norm. Durch den individuell-konkreten Akt tritt somit das Recht mit der natürlichen Wirklichkeit in Kontakt.

Die Geltung, die spezifische Existenz der durch konkreten Akt (Urteil, Verfügung, Rechtsgeschäft usw.) entstandenen individuellen Norm kann begründet werden mit der Tatsache, daß sie gemäß den Vorschriften der höheren, generellen Norm erzeugt worden ist. Die höhere Norm begründet die normative Geltung ihrerseits mit dem Erzeugungszusammenhang mit einer Norm noch höherer Stufe¹³. Die Verfolgung dieses Geltungszusammenhanges führt in der hierarchischen Struktur zwangsläufig hinauf bis zum obersten Geltungsgrund des Rechtssystems, der obersten Norm.

Wie ist nun die normative Geltung dieser Grundnorm zu ermitteln? Sicher ist nur, daß alle Unternormen keine normative Geltung haben, wenn dies nicht aus ihrer Grundnorm folgt¹⁴; denn sie alle

9 Die Rechtssetzung durch das oberste Organ erfolgt in der Weise, daß nach der von den Erzeugungsbedingungen vorgeschriebenen Art durch das Organ bestimmte Anordnungen getroffen werden. Dank der formellen und materiellen Uebereinstimmung mit den Erzeugungsbedingungen des Organs entsteht mit dieser Organhandlung Recht, vgl. Kelsen: ASTL, S. 249 f.

10 Kelsen: Rechtslehre, S. 62, Verdross, S. 80, Büchel, S. 50 ff.

11 Kelsen: Reine Rechtslehre, S. 64; Büchel, S. 50 ff.

12 Burckhardt: Organ., S. 128 f; Imboden: B'recht, S. 23.

13 Durch das hierarchisch geordnete Verhältnis wird die Möglichkeit inhaltlich widersprechender, aber auch inhaltlich identischer Normen verschiedener Stufen verunmöglicht. Vgl. Imboden: Bundesrecht, S. 14; Giacometti: Tragweite, S. 292 ff.

14 Imboden: Bundesrecht, S. 3 f. nennt daher die Begründung der Geltung von Rechtsnormen aus dem Erzeugungszusammenhang eine relative.

haben ja nur die oben skizzierte, abgeleitete normative Geltung. Aus der Grundnorm kann selbstverständlich nur abgeleitet werden, was in ihr effektiv enthalten ist. Das Problem der normativen Geltung jeder rechtlichen Norm spitzt sich also auf die Frage der normativen Geltung der Grundnorm der betreffenden Rechtsordnung zu. Bereits im vorhergehenden § 1 ist aber dargelegt worden, daß die normative Geltung des Rechts nicht mit rationalen Mitteln und daher nicht allgemeingültig erklärt werden kann. Diese Feststellung bezieht sich somit in Wirklichkeit auf die oberste Rechtsnorm, weil ja mit ihrer normativen Geltung die Existenz aller übrigen Rechtsnormen steht und fällt¹⁵.

Bei dieser Frage der normativen Geltung der obersten Rechtsnorm stößt — wie gesagt — die Rechtswissenschaft an eine Grenze im Bereiche der menschlichen Erkenntnismöglichkeit. Grenzen kennen aber auch andere Wissenschaften. Diese gehen in solchen Situationen so vor, daß sie etwas Vorhandenes, aber nicht Definier- od. Beweisbares einfach voraussetzen¹⁶, und darauf ihre Systeme aufbauen.

So muß auch die Rechtswissenschaft vorgehen. Will sie nicht auf die Normativität des Rechts, auf das Recht als System objektiv gültiger Soll-Normen verzichten, so muß sie die normative Geltung der obersten Rechtsnorm voraussetzen. Sie bedient sich dabei in der Regel einer Hilfskonstruktion, indem sie eine nicht reale Grundnorm fingiert¹⁷, von welcher die oberste reale positive Norm der Rechtsordnung ihre normative Geltung ableiten kann. Von dieser hypothetischen Grundnorm aus wird nicht nur die Geltung der positiven Grundnorm, sondern auch aller übrigen positiven Rechtsätze, die mit der positiven Grundnorm durch Organakte im Erzeugungszusammenhang stehen, abgeleitet¹⁸.

Die absolute Notwendigkeit einer solchen Hilfskonstruktion wird jedoch von Büchel bestritten¹⁹. Danach folgt die normative Geltung der obersten unabgeleiteten Norm im Rechtssystem bereits und ausschließlich aus dem Rechtsbegriff²⁰. Nach Maßgabe dieses Begriffes wird entschieden, ob eine Norm als Rechtsnorm zu anerkennen sei oder nicht. Der Begriff des Rechts wird allerdings willkürlich fest-

15 Giacometti: Staatsrecht, S. 20.

16 Es wäre falsch, wenn nicht beweisbare Tatsachen als nicht vorhanden betrachtet würden, obwohl sie faktisch erkennbar sind. a.M. Fuchs, S. 52 ff.

17 Von Kelsen auch als Verfassung im rechtslogischen Sinn bezeichnet: ASTL, S. 104, 249 ff.

18 Kelsen: Rechtslehre, S. 62 ff., Imboden: Bundesrecht, S. 4: »Sie legalisiert die Faktizität«. Giacometti: Staatsrecht, S. 19; Jellinek: Gesetz, S. 27 ff.

19 S. 59 ff.

20 S. 53 f.

gelegt, denn es kann niemand logisch überzeugt werden, daß nur ein ganz bestimmtes Kriterium Recht erkennen lasse und ein anderes nicht²¹. Ist man sich aber über den Begriff des Rechts einig, denkt man dabei an ein dynamisches System von Soll-Normen, wie oben geschildert, das die Eigentümlichkeit hat, seine Erzeugung von einer gemeinsamen Ursprungsnorm aus selbst zu regeln²², so gelangt man zur logischen Forderung einer obersten normativ geltenden Rechtsnorm^{23 24}. Die Fäden des hierarchischen Systems laufen erst in der obersten Norm zusammen, somit wird die Einheit des Rechts erst durch diese sichergestellt.

Den Geltungsgrund der positiven Grundnorm zu erforschen ist nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft, denn dieser Geltungsgrund besteht per definitionem nicht mehr in etwas Rechtlichem, kann daher nicht mit rechtlichen Kriterien erklärt werden. Dieses Erkenntnisobjekt geht über den Art- und Gattungsbegriff des Rechts hinaus, innerhalb welchem sich die Rechtswissenschaft bewegen soll²⁵.

Stellen wir also die normative Geltung der positiven Grundnorm fest, so können wir andererseits die von ihr abgeleitete, bedingte Existenz resp. Geltung aller übrigen untergeordneten Normen des Rechtssystems bejahen²⁶.

§ 3 Die Frage der Derogation

Die vorgängigen Erörterungen sollten die Einheit des Rechtes, seinen Erzeugungs- und Geltungszusammenhang skizzieren. Daran anschließend sind nun die Auswirkungen der genannten Eigenheiten des Rechts bei der Frage der Rechtsänderung zu untersuchen¹.

21 gl.M. Imboden: Bundesrecht, S. 4: »Jede Terminologie hat etwas Willkürliches«.

22 und sich in hierarchisch geordneten Organakten in bestimmtem Raum und Zeit auszubreiten.

23 Büchel, S. 51 f.

24 Vgl. auch Kägi, S. 10 und Fleiner-Giacometti, S. 46 N. 40.

25 Büchel, S. 51 f.

26 Kelsen: Rechtslehre, S. 63 ff
Merkel: Rechtskraft, S. 210 ff
Giacometti: Staatsrecht, S. 19.

1 Hier soll nur die durch das Recht gebotene nicht aber die faktische Rechtsänderungsmöglichkeit diskutiert werden. Letztere besteht ja sowieso jederzeit, vgl Kelsen ASTL, S. 253 f.

Wie wahrhaft das Recht seine Einheit, seine Widerspruchslosigkeit, und wie bietet es zugleich die Veränderlichkeit seiner Glieder, der einzelnen Rechtssätze? Die Gefahr, daß durch die Rechtsänderung eine Lücke im System der Rechtsnormen entsteht, ist ja groß. Andererseits ist es eine rechtslogische Forderung, daß das Rechtssystem zu jeder Zeit ein vollendetes, in sich geschlossenes Ganzes darstelle².

Zunächst sollen die Rechtsänderungs- resp. Derogationsregeln der allgemein herrschenden Rechtslehre untersucht werden. Diese sind auf zwei Hauptfälle von Rechtsänderungen zugeschnitten. Es kann eine Norm höherer Stufe einen Rechtssatz niedrigerer Stufe verdrängen, oder zwei gleichrangige Normen können zueinander in Konkurrenz treten.

Entsteht eine höherstufige Norm mit dem Anspruch auf Geltung, und will sie dabei eine bestehende niedrigere Norm beseitigen, so kann sie das. Grund für diese Fähigkeit ist ihre Höherstufigkeit. Eine derartige Tatsache wird in der Regel in die Schlagworte gekleidet: »Reichsrecht bricht Landesrecht«, »Bundesrecht bricht kantonales Recht«³, »Gesetzesrecht bricht Verordnungsrecht« usw.

An der Spitze der übrigen Kollisionsregeln steht der Grundsatz:

I. lex posterior derogat priori

Er will Antwort geben auf die Frage, ob eine gleichrangige neue Norm, die Anspruch auf Rechtsgeltung erhebt, die bisher geltende Rechtsnorm verdrängen, vernichten kann. Die Regel bejaht diese Derogationsmöglichkeit. Sie stützt sich zu ihrer Begründung auf ihre Qualität als normlogisches Prinzip⁴.

Dieser Grundsatz hat zur Folge, daß der *contrarius actus* den bisherigen Rechtssatz automatisch aufhebt. Der neue Akt hat die Priorität, wenngleich beide Akte ihre Geltung von der gleichen Rechtsnorm erhalten haben. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die bestehende Rechtsnorm die Geltung besitzt, während die neue Rechtsnorm sie erst nach Vernichtung des alten Rechtssystems erhält. Denn daß unmöglich gleichzeitig einander widersprechende Normen der gleichen Rechtsordnung gelten können, daß dadurch die Existenz der gesamten Rechtsordnung in Frage gestellt würde, ist bereits am Anfang der Arbeit ausgeführt worden.

² Merkl: Rechtskraft, S. 234.

Kelsen: ASTL, S. 254.

³ Vgl. über die Natur und die nunmehrige Bedeutung dieses Satzes Imboden: Bundesrecht, S. 48 ff und 166 ff.

⁴ nur eine Parömie nach Imboden: Bundesrecht, 172; aber doch eine allgemeingültige Rechtswahrheit nach Burckhardt: Methode, S. 84.

Man hat das obgenannte Prinzip in einzelnen Situationen durchbrochen und z. B. die teils ebenfalls als normlogisches Prinzip erachtete, teils als bloße Parömie begriffene Devise: »lex posterior generalis non derogat legi priori speciali« aufgestellt⁵.

II. Die Rechtskraft

Eine besondere Behandlung innerhalb der Rechtsordnung erfahren gemäß der traditionellen Rechtslehre die Individualnormen. Bei ihnen wird angenommen, daß sie teilweise weiterbestehen, wenn die Geltung der obern, sie bedingenden Rechtsnorm auch weggefallen ist. Man hat hiezu nicht nur mit den bereits bekannten wohl-erworbenen Rechten operiert, sondern auch mit einer Eigenschaft gewisser Rechtsakte, der Rechtskraft. Es wird formelle und materielle Rechtskraft unterschieden: Unabänderbarkeit ersten und zweiten Grades, beschränkte und volle Unveränderlichkeit.

Zumeist wird die Rechtskraft als die Rechtsverbindlichkeit, die unaufhebbare Geltung bestimmter Justiz- und teilweise auch von Verwaltungsakten bezeichnet. Für die erste Kategorie von individuellen Normen ist sie unbestritten, nicht aber für die zweite Art.

Etliche Verwaltungsrechtswissenschaftler sprechen den Verwaltungsakten diese Rechtskraft rundweg ab, andere hingegen bejahen sie nur mit großen Einschränkungen. Als Grund für diese auffallende Divergenz zwischen Justiz- und Verwaltungsakten wird das öffentliche Interesse angegeben, das die letzteren beherrsche, im Gegensatz zum Recht, das der Justiz eigne. Anstatt — wie üblicherweise — den Gesetzgeber auf das öffentliche Interesse hinzuweisen und ihn zur Legiferierung zu veranlassen, führt das öffentliche Interesse ohne gesetzliche Regelung zur Konsequenz der Abänderbarkeit der Akte. Damit wird diese rechtspolitische Forderung an den Gesetzgeber zu einer objektiv feststehenden, aus dem Wesen des Rechts sich ergebenden Tatsachen gestempelt, ein Vorgang, wie er sich im Verlaufe dieser Arbeit schon etliche Male hat zeigen lassen⁶.

Im übrigen finden sich in der Verwaltungsrechtswissenschaft die verschiedensten Meinungen von der Verneinung jeglicher Rechtskraft der Verwaltungsakte bis zu ihrer unumschränkten Bejahung. Letzteres ist bis jetzt nur von Merkl⁷ konsequent ausgeführt wor-

5 z. B. Nawiasky, S. 68 ff.

6 Dazu Merkl: Verwaltungsrecht, S. 207.

7 Juristische Blätter, 56. Jahrgang, S. 97 f. und 109—111, Archiv für öffentliches Recht, Band 37, S. 56—121, Lehre von der Rechtskraft, 1923, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 201—213.

den. Andere Autoren, welche die Rechtskraft von Verwaltungsakten bejahen, sind sich aber über deren Anwendungsbereich nicht einig.

Wird die Rechtskraft von gewissen Verwaltungsakten anerkannt, so geschieht dies nicht so konsequent wie bei den Justizakten. Die Rechtskraft hat meist nicht die absolute Wirkung der Unveränderlichkeit, sondern muß einem starken öffentlichen Interesse unter Umständen weichen. Merkl bezeichnet daher die Rechtskraft von Verwaltungsakten als ein »im Ansturm öffentlicher Interessen biegsames, schwankendes Rohr«⁸.

Es ergeht der Rechtskraft augenscheinlich wie andern, ursprünglich privatrechtlichen Institutionen. Ihre Umbildung für das öffentliche Interesse hält deshalb so schwer, weil versucht wird, die privatrechtlichen Vorstellungen ohne weiteres ins öffentliche Recht hineinzutragen.

Daß die meistverwendete Argumentation für das Bestehen der Rechtskraft im öffentlichen Recht nicht angeht, ist bereits analog für den Grundsatz der Nichtrückwirkung erklärt worden. Es ist unmöglich, für gewisse Verwaltungsakte wegen ihrer Ähnlichkeit mit den Justizakten die Rechtskraft zu behaupten. Es wird dabei etwas vorausgesetzt, was zuerst zu beweisen ist: nämlich daß den Justizakten zu Recht Rechtskraft zugeschrieben wird.

III. Die Lehre von der allgemeinen Rechtskraft

Die reine Rechtslehre beschritt — wie schon angetönt — auch in diesen Fragen ihre eigenen Wege. Sie versuchte, das Rechtskraftproblem aus den Eigenheiten des Rechts zu lösen. Ist einmal erkannt worden, daß die Frage der Rechtskraft ein Problem der Geltungsdauer des Rechts ist, so liegt eine solche Untersuchungsrichtung nahe. Die Aenderung des bestehenden Rechts ist ja auch nur eine spezielle Art der Rechtserzeugung.

Warum sollte das Recht gerade diese wichtigste Art der Rechtserzeugung nicht selbst geregelt haben, wenn doch allgemein anerkannt wird, daß es sich durch seine Selbsterzeugung charakterisiere⁹? Andererseits wird nirgends bestritten, daß der einzelne Rechtssatz muß geändert werden können; denn die »Praktikabilität«

⁸ Verwaltungsrecht, S. 206.

⁹ Regelt also das Recht seine Erzeugung selbst, so bestimmt es auch über seine Abänderbarkeit, vgl. Merkl: Rechtseinheit, S. 79 und Büchel: S. 61.

des Rechts ist bis zu einem gewissen Grade von seiner Abänderungsmöglichkeit abhängig¹⁰.

Wie hat nun das Recht seine Erzeugung, insbesondere die Rechtsänderung geordnet? Auszugehen ist von der positiven Grundnorm einer Rechtsordnung. Sie ist bekanntlich nicht von einer positiven Rechtsnorm abgeleitet, besitzt daher nur bedingende, selbst unbedingte Geltung. Alle übrigen Rechtsnormen dagegen sind bedingt und eventuell zugleich bedingend.

Die positive Grundnorm kann von Rechts wegen in ihrer Geltung nicht angetastet werden. Diese rechtliche Unabänderbarkeit folgt aus der rechtsbegrifflichen Forderung nach einer höchsten Norm, die ihre Geltung nicht mehr aus dem Erzeugungszusammenhang mit einer höhern Norm zu belegen vermag¹¹.

Die Ursprungsnorm ist also an sich unabänderlich und zeitlos, da sie keine natürliche Tatsache ist. Weil sie aber Konkretes erfassen will, muß sie für eine bestimmte Zeit wie für einen bestimmten Raum gegeben sein¹². Wo sie daher mit der natürlichen Wirklichkeit in Berührung tritt, verlangt die oberste Rechtsnorm entsprechend ihrem unabänderlichen Charakter unbegrenzte Geltung¹³. Das Gleiche gilt aber auch von den übrigen, nur bedingten Rechtsnormen. Sie leiten ihre Geltung und damit ihre Geltungsdauer von der positiven Grundnorm ab. Prinzipiell delegiert ihnen die letztere die Geltung in der gleichen Art, wie sie selbst Geltung besitzt. Sie verleiht ihnen somit grundsätzlich den Charakter der zeitlichen Unbegrenztheit¹⁴. Die Rechtskraft im Sinne der Unveränderlichkeit ist somit nicht nur Eigenschaft der obersten Norm der Rechtsordnung oder bestimmter Normen, sondern prinzipiell aller Rechtsnormen¹⁵.

Wie das Recht die Erzeugung ganz allgemein selbst regelt, d. h. bestimmt, was Recht sein soll, so regelt es auch seine Abänderung, d. h. bestimmt, wann einzelne Rechtsnormen zu Nicht-Recht wer-

10 Büchel: S. 64.

11 so auch Merkl: Rechtskraft, S. 178 f.

Fleiner-Giacometti, S. 46, Note 40.

Dazu Kägi: S. 79, der diese »formale« Unveränderlichkeit nur zusammen mit einer materiellen Unveränderlichkeit (Unantastbarkeit der Grundwerte) gelten lassen will

a. M. z.B. Smend, S. 79, 137, 148, vgl. Kritik seiner Meinung bei Kägi, S. 127 ff, spez. 142—144.

12 Kelsen: Rechtslehre, S. 7 f.

13 Merkl: Verwaltungsrecht, S. 210

Kelsen: Rechtslehre, S. 8.

14 Merkl: Rechtskraft, S. 240

Kelsen: ASTL, S. 148 ff, Rechtslehre, S. 7 f.

15 Merkl: Rechtskraft, S. 181.

den und bisheriges Nicht-Recht in Recht transformiert wird. Dies ist nichts anderes als eine logische Folgerung aus der allgemeinen Erkenntnis, daß das Recht seine Erzeugung selbst regelt.

Wo eine Erzeugungsbedingung im Sinne einer Abänderung bestehender Rechte nicht vorgesehen ist, kann eine Rechtsänderung auch nicht vorgenommen werden. So wie ein Erzeugungsorgan nur insoweit Recht schaffen kann, als eine höhere Norm es dazu ermächtigt, kann es auch nur in dem Maße Recht ändern, als es dazu von einer übergeordneten Rechtsnorm für zuständig erklärt wird. Anders ausgedrückt ist eine Abänderung von Rechtsnormen nur möglich, insoweit die ihre Geltung bedingende höhere Norm eine solche vorsieht und die von ihr aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind¹⁶. Diese Derogationsnormen genannten Rechtssätze garantieren die Einheit des Rechts, lassen nur eine ganz bestimmte Sorte Recht zu, nämlich nur solches, das gleichgeartet ist wie die oberste Rechtsnorm¹⁷.

Da also bei Schweigen der höhern, bedingenden Rechtsnorm die Unveränderlichkeit des Rechtssatzes angenommen werden muß, gilt eigentlich im Recht geradezu der Grundsatz der *lex posterior non derogat priori*. Er folgt — wie gesagt — weder aus dem Merkmal der Posteriorität noch der Priorität eines Rechtssatzes, sondern aus dem Wesen der Rechtsordnung als Rechtserzeugungs- und Kompetenzordnung¹⁸.

Von diesem Ergebnis aus betrachtet erscheinen das Prinzip der *lex posterior derogat priori* sowie die herrschende Rechtskraftlehre als rechtspolitische Postulate. Vor allem kann die erstgenannte Regel kein normlogisches Prinzip sein. Daß sie vielfach zur Anwendung gelangen sollte, um das Recht praktisch, elastisch und anpassungsfähig zu gestalten, bedeutet auch noch nicht, daß sie auch gilt. Nur dort ist sie anwendbar, wo sie das positive Recht vorsieht¹⁹. Als Inhalt einer positiven Rechtsnorm, resp. Derogationsnorm ist der Grundsatz in der Lage, die von ihm gewollte Art der Rechtserzeugung zu bewirken.

Obige Erkenntnisse können nicht durch den Hinweis bagatellisiert oder abgelehnt werden, daß eine solche Derogationsnorm im positiven Recht sehr selten ist. Diese Tatsache ist kein Beweis für die Unrichtigkeit der Endergebnisse, sondern ein solcher für den großen

16 Merkl: Rechtskraft, S. 240

Büchel: S. 63.

17 Merkl: Rechtskraft, S. 239 ff, 256.

18 Merkl: Rechtskraft, S. 236, Büchel, S. 61 ff.

19 Merkl: Rechtseinheit, S. 79, Rechtskraft, S. 238.

Einfluß der traditionellen Rechtslehre mit ihrer kritisierten Regel auf die Gesetzgebung.

Es ist also das Resultat festzuhalten, daß grundsätzlich eine Norm, welche gemäß den Erzeugungsbestimmungen des übergeordneten Rechtssatzes zustande gekommen ist, jede ihr inhaltlich widersprechende Norm ausschließt. Von den möglichen Inhalten hat der Gesetzgeber den einen Inhalt gewählt. Und an diesen ist er gebunden, sofern ihm nicht auch durch eine bedingende Norm die Kompetenz zur Rechtserneuerung zugesichert worden ist, oder sofern er sich diese Kompetenz bei der Setzung des Rechtssatzes nicht vorbehalten hat²⁰. Die verschiedenen für eine Rechtsänderung sprechenden öffentlichen Interessen entscheiden somit nicht direkt über die Rechtskraft genereller und individueller Normen. Es ist der Normgeber, welcher den Grad der Unveränderlichkeit nach Maßgabe verschiedener Gesichtspunkte, z. B. eben auch der öffentlichen Interessen, entscheidet. Die Rechtswissenschaft darf Wünschenswertes nicht als Gegebenes ansehen und dabei den Normgeber übergehen; das wäre keine Rechtswissenschaft, sondern Rechtspolitik²¹. »Die Rechtskraft ist Erkenntnisgrund der öffentlichen Interessen und nicht umgekehrt«²².

§ 4 Folgerungen für den Grundsatz der Nichtrückwirkung

Welches sind nun die Funktionen des Grundsatzes der Nichtrückwirkung in der durch das Wesen des Rechts bedingten Situation? Diese Frage muß sich jetzt aufdrängen, da das Prinzip ein solches der eben besprochenen Geltungsdauer ist.

Die Rechtsänderung ist an die Voraussetzungen der zugehörigen Derogationsnorm gebunden, wie oben gezeigt wurde. Sind die Bedingungen einmal erfüllt, so kann das bestehende Recht jederzeit ersetzt werden. Es wird dabei so vorgegangen, daß das neue Recht andern Inhaltes an Stelle des alten Rechts in den Stufenbau und Erzeugungszusammenhang der Rechtsordnung eintritt. Um die Identität, die Geschlossenheit, die allgemeine Forderung der Widerspruchlosigkeit des positiven Rechtssystems zu gewährleisten, kann

20 ausdrücklich Merkl: Rechtseinheit, S. 80.

21 Eine Ausnahme stellt vielleicht die »Lückenfüllung« dar. Aber dort ist der Rechtsanwender ja in der gleichen Stellung wie der übergeordnete Normgeber.

22 Merkl: Rechtskraft, S. 158.

dies nur auf die Art und Weise geschehen, daß das alte Recht zunächst Nicht-Recht wird. Durch den Ausschluß aus dem Erzeugungs- und Geltungszusammenhang verliert die alte Norm ihre normative Geltung. Aber nicht nur sie geht unter, auch alle durch sie bedingten Normen genereller oder individueller Natur verlieren ihre Geltung. Der Wegfall ihrer Mittlerin bedeutet für die bedingten Rechtsnormen einen Riß im Geltungszusammenhang und damit auch den Verlust der Geltung, der Rechtsqualität. Hier hakt nun der Grundsatz der Nichtrückwirkung ein. Er will nämlich unter Umständen verhindern, daß gewisse Normen genereller und vor allem individueller Natur untergehen, wenn die ihre Existenz bedingenden Rechtsquellen wegfallen oder als Ausgangspunkt für neue inhaltlich widersprechende Normen benützt werden.

Durch die Existenz inhaltlich widersprechender Normen, entstände ein untragbarer Widerspruch¹. Dieser wird aber dadurch mehr oder weniger beseitigt, daß die beiden Rechtsnormen sachlich-zeitlich voneinander abgegrenzt werden sollen. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung will, daß die alten Normen nur für die vor Ingeltungtreten der neuen Normen relevant gewordenen entstandenen individuellen Normen und Tatsachen weiter gelten.

Daß der Grundsatz gewisse Konsequenzen, die aus der Natur des Rechts im allgemeinen folgen, unter Umständen verhindern will, vermittelt zugleich die Erkenntnis, daß er kein normlogisches Prinzip sein kann, nicht aus dem Wesen des Rechts abgeleitet werden kann.

So wie die Regel von der *lex posterior*, welche der *lex prior* derogiere, nur gelten kann, wenn sie Inhalt einer Derogationsnorm ist, so gilt auch der Grundsatz der Nichtrückwirkung nur, insoweit der Inhalt einer positiven Rechtsnorm ihn vorsieht. M. a. W. muß auch er durch einen mediatisierenden, bedingenden Rechtssatz statuiert werden, um wirksam zu sein. Er kann dabei für den Einzelfall vorgesehen sein oder auch ganz allgemein festgehalten werden. Im Einzelfall wird die neue generelle Rechtsnorm anordnen, daß die altrechtlichen individuellen Normen und Tatsachen noch nach den Bestimmungen der alten Norm behandelt werden sollen, oder daß sie zwar von der neuen Norm anerkannt werden, ihre zukünftigen Wirkungen jedoch der neuen generellen Norm unterstehen sollen.

Es ist aber auch möglich, daß der Grundsatz in eine Norm höherer Stufe gekleidet ist. Als solche statuiert er Voraussetzungen die die Kompetenzen der Normgeber einengen. Das Prinzip der Nicht-

1 Vgl. dazu Imboden: Bundesrecht, S. 14—16.

Rückwirkung ergänzt so in einschränkendem Sinne die untern Derogationsbestimmungen, stellt damit selbst eine Derogationsnorm höherer Stufe dar.

In seiner Funktion als irgendwie gestaltete Derogationsnorm bewirkt der Grundsatz, daß altrechtliche Tatbestände unter Umständen wie erratische Blöcke im System des Rechts bis zu einem gewissen Grade unberührt von neuen Rechtsnormen erhalten, d. h. in Geltung bleiben.

Die Ergebnisse der rechtstheoretischen Untersuchungen in diesem Teil der Arbeit können wie folgt zusammengefaßt werden:

In die erste Linie ist wohl die Erkenntnis der allgemeinen Rechtskraft, der prinzipiellen Unabänderbarkeit aller Rechtssätze, zu stellen. Sie ergibt einen klaren Ausgangspunkt für die Erfassung des Problems der Geltungsdauer von Rechtssätzen. Die Frage der Rückwirkung kann nämlich überall dort gar nicht aktuell werden, wo ein neues Recht ohne Beisein einer Derogationsnorm² geschaffen werden soll. Die neue Norm kann in solchen Fällen nicht als Recht der gleichen Rechtsordnung qualifiziert werden, ihr fehlt der Anknüpfungspunkt im Rechtssystem. Die ohne zukünftige Derogationsnorm erlassene Rechtsnorm schließt mit ihrem zeitlich unbegrenzten, anerkannten Inhalt jede ihr inhaltlich widersprechende Rechtsnorm aus. Eine dennoch — womöglich mit Rückwirkung — erlassene Norm ist, von der bestehenden Rechtsnorm aus gesehen, von Anfang an ungültig³. Ob eine solche Norm jedoch Recht einer anderen Rechtsordnung sein kann, soll hier nicht untersucht werden⁴. Das Prinzip der Nichtrückwirkung gelangt somit überhaupt nur zur Anwendung wo das Rechtssystem grundsätzlich eine Abänderbarkeit der Rechtssätze bereits zuläßt, d. h. wo schon Derogationsnormen vorhanden sind.

Ferner ist festgestellt worden, daß das Prinzip der Nichtrückwirkung nicht aus dem Wesen des Rechts folgt, daß es daher wie jede andere Derogationsnorm der ausdrücklichen Statuierung durch einen Rechtssatz bedarf. Die Bedeutung des Grundsatzes hängt ganz davon ab, welcher Stufe die ihn beinhaltende Rechtsnorm angehört. Er braucht nicht schon in der obersten Stufe des Rechtssystems enthal-

² Auch ein Fehlerkalkül kann wohl als Derogationsnorm konzipiert werden. So implizierte Merkl: Rechtskraft, S. 293.

³ Vgl. für eine ähnliche Situation

Imboden: Nichtigkeit, S. 107 ff, speziell S. 113, Anm. 76 und 77, sowie S. 148

⁴ Vgl. dazu ausführl. Büchel, S. 63 ff und Burckhardt: Organisation, S. 211.

ten zu sein. Wenn dies nicht der Fall ist, fällt natürlich seine Wirksamkeit gegenüber der höherstufigen Derogationsnorm dahin, und nur die untergeordneten Derogationsnormen unterliegen seinem Einfluß.

Damit sind einzelne Gesichtspunkte klargelegt, die dem Rechtsanwender in erster Linie eine Hilfe sein können. Losgelöst von den geflügelten Grundsätzen der Rechtswissenschaft wird er entscheiden, welche Ausgangspunkte das Wesen des Rechts für die Frage der zeitlichen Geltungsdauer von Rechtssätzen zur Verfügung stellt, und welche Anforderungen an den Inhalt des Rechts zu stellen sind, um eine der verschiedenen möglichen Lösungen zu treffen. Dies gilt alles auch für den Rechtsanwender höherer Stufe, den Gesetzgeber.

Die Verankerung des Grundsatzes in der Rechtsordnung

Aus den bisherigen Erörterungen ist eindeutig hervorgegangen, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung nur gilt, wenn er Inhalt eines Rechtssatzes ist. Im Gegensatz zu seiner Form kann sein Inhalt nicht allgemeingültig festgelegt werden. Nur die Untersuchung der einzelnen Rechtsordnung ermöglicht es, den Inhalt des Grundsatzes zutage zu fördern.

Wenn kurz die Form des Grundsatzes ins Gedächtnis zurückgerufen wird, so erscheint klar, daß die Bestimmung des Beziehungsmaßes zwischen Mittel und Zweck den Inhalt des Grundsatzes ausmacht. Je nach der Qualität dieses festen Punktes ist auch das Prinzip der Nichtrückwirkung in seiner Bedeutung verschieden.

Allgemein wird bekanntlich als oberstes Verhältnismaß die Gerechtigkeit und Billigkeit genannt. Diese nicht juristischen Begriffe stehen aber keineswegs fest und erhalten ihre juristische Relevanz erst durch die Verankerung im positiven Recht. Ihr verschieden gedeuteter Sinn führt nämlich zu nicht übereinstimmenden Verankerungen dieser Ideale in den einzelnen Rechtsordnungen. Nur die positivierten Ideale können deshalb Maßstäbe für den Grundsatz der Nichtrückwirkung abgeben. Das ist aber in allen bisherigen Erörterungen über den Grundsatz der Nichtrückwirkung übersehen worden.

Obwohl die Meinungen über den Inhalt des Grundsatzes niemals zu einer Einheit zusammengeschweißt werden können, ist es möglich, eine zentrale Basis zu finden, die allen Meinungen gemeinsam ist. Alle Autoren wollen die durch die Normkonkurrenzen geschaffenen Interessenkonflikte in einem bestimmten Sinne lösen. Sie nehmen dabei mehr oder weniger Rücksicht auf die Einzelinteressen, welche hinter den Rechtsgestaltungen der Vergangen-

heit stehen. Der Einzelne soll der staatlichen Allmacht nicht schrankenlos ausgeliefert sein. Wo diese Schranken aber allgemein beginnen sollen, wird seit Jahrhunderten diskutiert.

Wie steht es nun mit dem Verhältnis zwischen dem Einzelnen und der staatlichen Allmacht in der allgemein verbreiteten und daher interessierenden Staatsform, dem Rechtsstaat? Läßt sich der Grundsatz der Nichtrückwirkung in ihm irgendwie verankern?

§ 1 Die Begründung des Prinzipes aus der Idee des Rechtsstaates

I.

Die Freiheitsrechte sind das hervorstechendste Merkmal des Rechtsstaates¹. Sie machen den Rechtsstaat materiell aus, lassen einen Staat, der sie garantiert, als Rechtsstaat erscheinen.

Die Freiheitsrechte haben ihre Wurzeln in bestimmten ethischen Werten, wie sie von Christentum, Humanismus, Aufklärung und Naturrecht geprägt worden sind. Dementsprechend betrachtete sie das Naturrecht als angeborene Berechtigung der Menschen, als etwas Ueber- und Vorstaatliches. Im modernen Rechtsstaat sind die Freiheitsrechte das Grundelement und der Kern seiner Staatsidee »geworden«². Schmitt bezeichnet sie als »Idealverfassung des Rechtsstaates«³. Durch die Garantierung dieser Rechte, d.h. durch die Aufnahme in den Erzeugungszusammenhang der konkreten Rechtsordnungen ist dem Rechtsstaat ein ganz bestimmtes, eben in den Freiheitsrechten verkörpertes Wertsystem zugrunde gelegt worden. Sind doch die Freiheitsrechte nichts anderes als der Ausdruck einer bestimmten Stellung des Individuums zum und im Staat. Die Freiheitsrechte vermitteln dem Rechtsstaat ein individuelles, freiheitliches System⁴. Die eingehende, umfassende Art und Weise der Verankerung der Freiheitsrechte an oberster Stelle, d.h. in der Verfassung bekundet nichts anderes, als daß das Individuum ein oder gar der Hauptzweck, Hauptgrund, die gewichtigste Ratio des Staates und seiner Tätigkeit sein soll. Der materielle Rechtsstaat bekennt

1 Schmitt, S. 37 ff, S. 125, 129

Giacometti: Staatsrecht, S. 164 f.

2 Giacometti: Staatsrecht, S. 18, 152, 162.

3 S. 36 ff.

4 Giacometti: Staatsrecht, S. 164.

damit, daß er nicht Selbstzweck ist und nicht das Maß der Dinge⁵. Er ist um der Bürgerwillen geschaffen, nicht umgekehrt. Er ist lediglich »Notinstitut« der Einzelnen⁶.

Die Freiheitsrechte stellen ein »Verteilungsprinzip« im Staate dar, schaffen »eine prinzipiell unbegrenzte Freiheitssphäre des Einzelnen und eine prinzipiell meßbare, kontrollierbare Eingriffsmöglichkeit des Staates«⁷. Damit wird angedeutet, daß die Wertschätzung des Einzelnen, seine Freiheit zwar absolut ist, aber im Rechtsstaat nicht unbegrenzt verwirklicht werden kann. Eine totale, grenzenlose Freiheit des Einzelnen wäre gar nicht möglich, ohne daß dadurch die die Freiheitsrechte begründende und erhaltende Rechts- und Staatsgemeinschaft zerstört und damit die Freiheitsrechte selbst untergehen würden⁸. Die Freiheit des Einzelnen findet ihre Grenze in den Freiheiten der Summe der Individuen. Diese Beschränkung, welche die Freiheitsrechte als staatlich garantierte Rechte bereits in sich tragen, wird allgemein anerkannt⁹. Die Freiheitsrechte gelten prinzipiell nur unter dem Vorbehalt der Interessen des Kollektivs, des Staates, wobei unter »Vorbehalt« eben die schon aus dem modernen Sinn der fraglichen Rechte folgende Beschränkung der Freiheit des Einzelnen zu verstehen ist.

Dieser moderne Zweck der Freiheitsrechte läßt sich auch so zusammenfassen, daß sie nicht mehr nur eine vom Staate abgekehrte feindliche Sphäre des Einzelnen erhalten wollen, sondern daß sie im Staatsleben das Verhältnis Individuum — Gemeinschaft in prinzipiell individualistisch, freiheitlichem Sinne regeln, »eine Verhältnisordnung« unter diesen beiden Antipoden kreieren¹⁰.

Mit den Freiheitsrechten soll dem Staat ein festes Kriterium, ein sicheres Maß in die Hand gelegt werden, womit er die Entscheidungen zur Wahrung der Einzel- und allgemeinen Interessen fällen soll. Jede staatliche Handlung, die durch solche Interessen-

⁵ Huber, S. 197a.

⁶ Kägi, S. 49: Der Staat ist eine Ordnung, die auf der Freiheit des Individuums aufbaut. Ebenso S. 150.

⁷ Schmitt, S. 164.

⁸ »Die Freiheit hat ihre Grenzen in den eigenen Voraussetzungen.« M. Huber, S. 42, zit. bei Giacometti: Staatsrecht, S. 173, Note 20a.

⁹ Vgl. schon die Menschenrechtserklärung von 1789, Art. 4 oder auch den Kant'schen Rechtsbegriff: »Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines Jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von Jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist.« S. 87.

¹⁰ Ferner Giacometti: Staatsrecht, S. 173.

¹¹ Kägi, S. 16

Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 61 f., Staatsrecht, S. 18.

wahrung motiviert wird, hat die Interessen des Individuums, seinen Eigenwert, seine Individualität zu berücksichtigen. Das Individuum, resp. seine Wertschätzung wird durch die Freiheitsrechte zum ruhenden Pol und zur konstanten Bewertungsgröße ausgerufen, an der sich die variablen Größen von Staat- und Gemeinschaftszielen auf ihre Zulässigkeit zu prüfen haben¹¹. Dies ist kurz der Sinn der Freiheitsrechte im modernen Staat¹².

II.

Wie steht nun der Grundsatz der Nichtrückwirkung zu den so begriffenen Freiheitsrechten? Beide wollen eine Verhältnisordnung begründen, die Freiheitsrechte im Großen, unser Grundsatz im Kleinen. Die Verhältnisordnung der Freiheitsrechte trägt den Maßstab, das Beziehungsmaß bereits in sich. Für den Grundsatz der Nichtrückwirkung ist es noch gesucht. Es zu finden, dürfte nach dem Gesagten aber nicht mehr schwer fallen. Der allgemein mit Gerechtigkeit und Billigkeit bezeichnete Maßstab des Prinzips der Nichtrückwirkung in rechtsstaatlicher Perspektive wird durch die Freiheitsrechte geliefert; denn Freiheitsrechte sind der Ausdruck des rechtsstaatlichen Gerechtigkeitsideals: Nicht die rücksichtslose Durchsetzung der öffentlichen Interessen birgt für den Rechtsstaat die Gerechtigkeit in sich¹³, sondern die behutsame Berücksichtigung des Wertes, der Freiheit, der Interessen des Einzelnen bei jeder staatlichen Tätigkeit.

Damit wird zugleich ausgedrückt, daß dieses Gerechtigkeitsideal, die Freiheitsrechte, ein umfassendes Kriterium sein wollen, jegliche Kollision öffentlicher und privater Interessen erfassen wollen. So beabsichtigen sie auch, die vom Grundsatz der Nichtrückwirkung verlangte Verhältnisordnung zu regeln, auch hier den objektiven, allgemeingültigen Maßstab abzugeben. Mit diesem objektiven Maßstab erhält der Grundsatz erst seinen Sinn, seinen Gehalt. Er ist im Rechtsstaat ein freiheitlich, individuelles Prinzip, welches dessen fundamentale Idee in seinem beschränkten Gebiet der rechtsstaat-

11 Sie sind der Plan, den die »Einheit des Staates als die soziale Ganzheit fordert Imboden: Bundesrecht, S. 31, Note 26 und zit. E. Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 268.

12 Vgl. auch Kägi, S. 16, 95.
Giacometti: Staatsrecht, S. 18, 162 ff.
Huber H., S. 39a, S. 42a f, S. 197a, S. 118a
Oberle, § 5 IV.

13 »La première justice c'est le salut public.« So Napoleon I. nach Aubry O., S. 243, zit. bei Kägi, S. 35.

lichen Ordnung zum Ausdruck bringt. Somit besitzt das Prinzip der Nichtrückwirkung im Rechtsstaat eigentlich keine selbständige Bedeutung, es wird das Gleiche in den Freiheitsrechten schon ganz allgemein zum Ausdruck gebracht. Das Prinzip der Nichtrückwirkung, wie es in dieser Arbeit verstanden wird, ist ein den Freiheitsrechten immanentes Prinzip.

In seinem speziellen Wirkungskreis hat er folgende Bedeutung: Das Mittel der Rückwirkung und der Zweck, welcher mit der rückwirkenden Normänderung genereller oder individueller Natur verfolgt wird, bemessen sich beide an der Freiheit des Individuums am Einzelwert des Menschen. Interessen der Gemeinschaft sind nicht unbeschränkt durchführbar, sondern es ist eine Abwägung der Interessen vorzunehmen. Nicht wenn die öffentlichen Interessen irgendwelcher Art die rückwirkende Normänderung verlangen, ist sie zulässig. Die öffentlichen Interessen müssen vielmehr eine gewisse Intensität aufweisen, müssen die Qualität und den Wert der Einzelinteressen übertreffen. Die Vermutung spricht bei dieser Abwägung für das Ueberwiegen des Einzelinteresses. Wegen der freiheitlichen Konzeption des Rechtsstaates ist ja der Einzelne resp. seine Wertschätzung das wichtigste Maß aller Staatszwecke. Diese Vermutung ist durch den Nachweis des intensiveren, wertvolleren öffentlichen Interesses zu zerstören, bevor die Rückwirkung angeordnet werden darf. Die obgenannte Vermutung spielt deshalb in der Praxis zum Grundsatz der »Nichtrückwirkung« eine gewichtige Rolle¹⁴.

III.

Aber noch ein Weiteres folgt aus der prinzipiellen Betonung des Einzelmenschen und seines Wertes. Wenn schon öffentliche Interessen eine Beeinträchtigung seines Lebensraumes, seiner Interessen rechtfertigen, so ist nicht jedes Mittel, nicht jede Rückwirkung erlaubt. Auch das Mittel muß sich am Maßstab der Freiheits- und Grundrechte. Das Mittel muß sich auf ein Minimum beschränken, denn die Freiheitsrechte bilden einen Wall gegen den Staat. Dieser Wall darf nur nach Maßgabe des allernötigsten Mittels durchbrochen werden, wenn schon der Zweck der Durchbrechung zulässig ist. Die Rückwirkung ist m. a. W. nur insoweit gestattet, als sie zur Erreichung des gerechtfertigten Zweckes und im Hinblick auf die Freiheit des Einzelnen unbedingt notwendig ist.

¹⁴ Vgl. unten, 5. Teil.

IV.

Nun kann auch der früher in Aussicht gestellte Vergleich mit dem Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angestellt werden. Er ergibt, daß die Inhalte grundsätzlich gleich sind.

Der Grundsatz der Nehrückwirkung will für eine der verschiedenen möglichen Interessenkollisionen eine Verhältnisordnung herbeiführen, eine Proportionalität der Interessen sicherstellen, wobei auf Grund der Freiheitsrechte das Schwergewicht auf den Einzelinteressen liegt. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezieht sein Drittmaß, seine Fundamentierung im Rechtsstaat von den Freiheitsrechten¹⁵. Auch er ist in diese Ordnung, welche den Einzelnen und seine Interessen als Ausgangspunkt der Staatstätigkeit betrachtet, eingegliedert. Die Trennung der beiden Prinzipien ist keine inhaltliche, sondern eine historische.

Der Grundsatz der Nehrückwirkung wird gemäß seinem historisch »gewordenen« Sinn beschränkt auf bestimmte Rechtsvorgänge. Diese bestehen darin, daß neues Recht in einen alten, bereits rechtlich geregelten Lebensbereich der Individuen eingreift, wobei das alte Recht von Einzelnen schon zur Setzung neuer individueller Normen (durch Vertrag, Verleihungsakt, Polizeierlaubnis, Urteil, etc.) benutzt worden ist. Zur Beeinflussung dieser rechtlichen Neuregelung wendet sich das Prinzip speziell an den Gesetzgeber.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits ist im Polizeirecht entwickelt worden und befaßte sich dort in erster Linie mit Eingriffen in die rechtsfreie oder sehr freiheitlich geregelte Sphäre des Einzelnen.

Diese Scheidung hat sich im Laufe der Zeit verwischt, indem der Anwendungsbereich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit immer mehr ausgedehnt worden ist und nun erkannt wird, daß er Maßstab jeder staatlichen Tätigkeit sein muß¹⁶. Der Grundsatz der Nehrückwirkung verliert aber seine Bedeutung nicht, obschon er auf den viel plastischeren und ausdrucksvolleren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgeführt werden kann. Es bleibt dem Einzelnen unbenommen, sich zur Spezifizierung der angefochtenen Un-

¹⁵ Oberle, § 3 und § 5.

¹⁶ z.B. Marti, S. 158 ff, S. 177, spez. auch S. 106 ff.

Giacometti: Gutachten über die Auslegung des Art. 17 AHVG v. 5. 9. 1949, vgl. auch oben S. 61 N. 21.

Giacometti: Vollmachtenregime. S. 18 und 32

Oberle, § 1 und § 5.

verhältnismäßigkeit auf den Grundsatz der Nichtrückwirkung zu berufen¹⁷.

V.

Die eingangs geschilderte Veränderung der Bedeutung der Freiheitsrechte im Rechtsstaat ist nicht ohne Einfluß auf ihre Geltung geblieben. Waren sie vorher als angeborene, vorstaatliche Rechte logischerweise nicht durch die rechtsstaatliche Ordnung verliehen, so ist dies durch ihre Stempelung zum Bestandteil der Staatsidee anders geworden. Die Freiheitsrechte sind Bestandteil der Rechtsordnung, des Stufenbaus des Rechts. Dadurch unterliegen sie prinzipiell auch den Folgerungen aus dem Wesen des Rechts. Die Freiheitsrechte und mit ihnen der Grundsatz der Nichtrückwirkung sind nur nach Maßgabe der Ranghöhe der die Freiheitsrechte garantierenden Rechtsnormen für den rechtsstaatlichen Normgeber verbindlich. In der Regel wird angenommen, daß die Freiheitsrechte durch das oberste Organ, den Verfassungsgesetzgeber, geschaffen werden. Vernünftigerweise kann von ihm gesetztes Recht keine Schranke für ihn sein, wenn er die Derogationsbedingungen erfüllt. Nur wo keine solchen vorhanden sind, ist der einmal gesetzte Inhalt auch für den Normgeber selbst verbindlich¹⁸.

In der Regel wird angenommen, daß den Verfassungsgesetzgebern eine »unbeschränkte« Rechtssetzungskompetenz erteilt und lediglich das Verfahren hiezu festgelegt sei. Durch die umfassende Derogationsermächtigung fällt — rechtlich gesehen — jegliche Bindung des Verfassungsgesetzgebers an die Freiheitsrechte und damit an den Grundsatz der Nichtrückwirkung dahin¹⁹.

Seine ev. Schranken liegen im Begriff des Rechtes selbst. Aus zunächst außerrechtlichen, im Inhalt des Rechts zum Ausdruck kommenden Werten, welche vom Wesen des Rechtes nicht zu trennen sind^{19a}, ohne daß der Sinn des Rechts als Ordnung der Rechtsgemeinschaft verfälscht würde, und die damit beim Begriff des Rechts zu berücksichtigen sind, können Schranken gefolgert wer-

17 Vgl. eine analoge Situation bei Holzach, S. 68 f.

18 Vgl. oben S. 76.

19 Verfassungsvorschriften stellen insofern keine »wahren« Zuständigkeitsnormen für den Gesetzgeber dar. Sie entbehren eben der Nichtigkeitfolge bei ihrer Verletzung, vgl. Burckhardt: Methode, S. 96 f, Imboden: Bundesrecht, S. 5 und 12. Eine Zuständigkeit ist aber auch nur dann vorhanden, wenn sie beschränkt ist, denn diese Beschränkung ist in ihrem Wesen enthalten, Imboden: Bundesrecht. S. 5 f, Burckhardt: Organisation, S. 202 ff.

19a Kelsen: Rechtslehre, S. 21.

den²⁰. Doch sind diese metaphysischen Grenzen der Verfassungsgesetzgebung nur von der Rechtsphilosophie zu ergründen²¹. Solche Grenzen behaupten im Hinblick auf die Freiheitsrechte vor allem die Anhänger des Naturrechts. Das Recht und die Freiheitsrechte erhalten ihrer Ansicht nach den Kern ihres Wesens aus überstaatlichen Werten. Daraus wird für die Freiheitsrechte ein Charakter indelebilis, Unabänderbarkeit auch für den Verfassungsgesetzgeber gefolgert^{22 23}.

Aber auch Forscher, welche die Naturrechtslehre ablehnen, anerkennen für gewisse Staatswesen die Verbindlichkeit der Freiheitsrechte auch für das oberste Organ der Verfassungsgesetzgebung²⁴.

VI.

Demgegenüber besteht allgemeine Einstimmigkeit, daß die in der Verfassung normierten Freiheitsrechte mit dem in ihnen verankerten Grundsatz der Nichtrückwirkung für den Gesetzgeber unter der Verfassungsstufe verbindlich ist; dies immerhin unter der Voraussetzung, daß die Freiheitsrechte von einer starren Verfassung garantiert sind. Der Stufenbau des Rechts läßt die höhere Norm der Verfassungsstufe als Bedingung, als Voraussetzung für den untergeordneten Normgeber erscheinen. Es sind dabei nicht nur die Organisationsvorschriften²⁵, die seine Kompetenzen beschränken, sondern auch alle materiellen Verfassungsvorschriften²⁶, vor allem die Freiheitsrechte²⁷. Wie denn überhaupt die gesamte Verfassung ihrem Wesen nach wohl weniger eine Ermächtigung der staatli-

20 Kägi, S. 47. Schindler: Kampf ums Recht, S. 60: »Der Sinn des Rechts liegt nie im Formalen, sondern immer im Materialen«.

21 Fleiner-Giacometti, S. 242, Note 14.

22 Kägi, S. 16 f., S. 41, S. 150 f.

23 Das Problem der Schranke für den Verfassungsgesetzgeber stellt sich nach Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47, N. 11, in der Schweiz nicht, da »in der Schweiz die zu jeder Verfassungsrevision berufenen Instanzen, Volk und Stände im Bund und das Volk in den Kantonen identisch sind mit dem Subjekt der gesetzgebenden Gewalt, dem Volke«. Diese Bemerkung ist aber zu optimistisch, wie sich im Laufe der letzten Jahre ergeben hat, und wie der nämliche Forscher in seinen bekannten neuern Werken selbst gezeigt hat: Der Bundesgesetzgeber schließt allzuoft das Volk von der Gesetzgebung aus, sodaß die Frage der Unabänderlichkeit der Freiheitsrechte aktuell ist.

24 Fleiner-Giacometti, S. 705 ff.

25 Die Verfassung im absolut-materiellen Sinne nach Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1.

26 Die Verfassung im relativ-materiellen Sinne (umfassend die Normen, die nicht unbedingt Bestandteil der Verfassung sein müssen).

27 gl.M. Kelsen: ASTL, F. 285 ff, Rechtslehre, S. 75, U. Affolter, S. 21 f, 29.

chen Organe, sondern eine objektive, grundsätzliche Ordnung zur Beschränkung der prinzipiellen Allmacht des Staates beinhaltet²⁸.

Diese Bindung des Gesetzgebers ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Tragweite der Freiheitsrechte im Rechtsstaat, eignet ihm doch der Vorbehalt, der Vorrang der Gesetze im Sinne generell-abstrakter Normen²⁹. Die meisten Rechtsnormen über das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft werden durch den einfachen Gesetzgeber gesetzt. Wäre nun der Gesetzgeber an die Freiheitsrechte nicht gebunden, könnte er sie beliebig ausführen, positivieren und damit zugleich begrenzen; so wäre es ihm möglich, eine unfreiheitliche Rechtsordnung zu schaffen. Die Freiheitsrechte verlorén damit ihren normativen, juristischen Sinn³⁰.

VII.

Wie bereits ausgeführt, sind die Freiheitsrechte absolute Rechte, d.h. sie binden alle untergeordneten Organe³¹ der Rechtsordnung, sind unmittelbar anwendbar. Um dabei die Willkür der Verwaltung, welche in den einzelnen Gebieten sich ergeben könnte, zu vermeiden, um der Verwaltung die Einengung der Freiheitsrechte abzunehmen, haben verschiedene Verfassungen Vorbehalte zu den Freiheitsrechten geschaffen. Dies in dem Sinne, daß die Gesetzgebung die wesensmäßige Beschränkung der Freiheitsrechte zu positivieren hat. Aber an der Bindung des Gesetzgebers ändert sich im Prinzip auch dann nichts. Bei der inhaltlichen Bestimmung der Freiheitsrechte hat sich der Gesetzgeber an die der Rechtsordnung durch diese Rechte aufgeprägte Gesamtkonzeption zu halten. Die Einengung der Freiheitsrechte, wie sie für ein einzelnes Freiheitsrecht notwendig erscheint, ist aus einer »freiheitlichen Rechtsauffassung« heraus zu treffen. Die öffentlichen Interessen sind nur so zu verwirklichen, daß ein absolutes Minimum an Beschränkung der Freiheitsrechte resultiert; denn die Freiheitsrechte sind letztlich wiederum die Ratio aller Staatszwecke³².

VIII.

Für unsern Grundsatz der Nichtrückwirkung folgt aus diesen Erörterungen, daß er als ein in den Freiheitsrechten des Rechts-

28 Ebenso Imboden: Bundesrecht, S. 8 f.,

Kägi, S. 43, Schmitt, S. 41; vgl. auch N. 27.

29 Schmitt, S. 130, 138 ff.

30 Kägi, S. 10 f., Giacometti: Staatsrecht, S. 153 f.

31 Fleiner-Giacometti, S. 242 f.

32 Giacometti: Staatsrecht, S. 180, Fleiner-Giacometti, S. 246/7.

staates verankertes Prinzip dem einfachen Gesetzgeber übergeordnet ist. Der rechtsstaatliche Gesetzgeber darf ein Gesetz nur dann rückwirkend erlassen und so die Freiheit des Individuums einschränken, wenn die diesbezüglichen öffentlichen Interessen verantwortet werden können vor der freiheitlichen Grundauffassung des Staates³³. Eine Norm des Gesetzgebers und der Organe niedriger Stufe darf zudem nur insoweit zurückwirken, als es zum Schutze der gerechtfertigten öffentlichen Interessen unbedingt nötig erscheint.

Aus dem richtig verstandenen Sinn der Freiheitsrechte und vor allem des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ergibt sich andererseits daß eine Rückwirkung ohne weiteres gestattet sein muß, wo diese Rechtsänderung zu g u n s t e n der Betroffenen vorgenommen wird. Bis anhin ist diese »Ausnahme« vom Prinzip der Nichtrückwirkung meist nicht konstatiert worden. Wo dies geschah, konnte keine Erklärung gegeben werden. Die Ausnahme wurde als selbstverständlich abgetan³⁴. Die Erklärung dafür kann nur dann gefunden werden, und die Ausnahme ist bloß dann selbstverständlich, wenn der freiheitliche Sinn des Prinzips herausgestellt ist. Wo die Rückwirkung gerade dem Sinn des Nichtrückwirkungsprinzips, der möglichst großen Freiheit, Individualität und Wertschätzung der Einzelnen entgegenkommt, ist die Schranke der Nichtrückwirkung eben gar nicht mehr notwendig.

§ 2 Verankerung des Grundsatzes im schweizerischen Bundesstaat

Nach der Erkenntnis der prinzipiellen Gültigkeit des Grundsatzes der Nichtrückwirkung im Rechtsstaat ganz allgemein dürfte seine Grundlegung im schweizerischen Rechtsstaat nicht mehr schwer fallen. Hauptaufgabe wird sein, festzustellen, wie und in welchem

33 Es wird in diesen Ausführungen zum Rechtsstaat im Allgemeinen und zum schweizerischen Rechtsstaat im Besondern stillschweigend vorausgesetzt, daß der die Rückwirkungsanordnung erwägende Normgeber die Ermächtigung zur Gesetzesänderung besitze. Diese Annahme ist zwar bis zu einem gewissen Grade willkürlich, weil wohl nicht immer zutreffend. Sie stellt eine Konzession an die bestehende traditionelle Rechtsauffassung dar und soll ermöglichen, für die Praxis leichter verwertbare Resultate zu erzielen.

34 Vgl. z.B. ZBl 1923, S. 165: »Dieser Norm (welche nach 25 Jahren eine Gratifikation in Form eines Monatslohnes zuspricht) muß **vernünftigerweise** Rückwirkung beigelegt werden.«

Man beachte ferner die versteckte Wertung in Praxis 1940, Nr. 7.

Umfange der Bundesstaat die Freiheitsrechte und damit den Grundsatz garantiert.

I.

Durch die ausdrückliche Aufnahme von Freiheitsrechten haben die Kantonsverfassungen und vor allem die BV zum Ausdruck gebracht, daß die Freiheitsrechte in der Schweiz nicht die alte naturrechtliche Bedeutung haben, sondern positives staatliches Recht sind¹. Die allgemein herrschende Lehre nimmt dabei an, daß die Freiheitsrechte in der BV umfassend garantiert sind. Als freiheitliche rechtsstaatliche Verfassung garantiere die BV prinzipiell alle je aktuell werdenden, nicht nur die ausdrücklich genannten Freiheitsrechte².

An sie sind nun die Organe von Bund und Kantonen gebunden, ganz unabhängig davon, ob die einzelnen Freiheitsrechte in der BV oder der einzelnen Kantonsverfassung garantiert sind oder nicht³. Im Gegensatz zu den Verfassungen anderer Länder garantiert die BV die Freiheitsrechte nicht als bloße Programmpunkte in der Form von Zweck-, Zielartikeln. Es sind vielmehr vollwertige Rechtsnormen, die prinzipiell keiner inhaltlichen Umschreibung durch den Gesetzgeber mehr bedürfen⁴. Damit ist aber zugleich entschieden, daß die Freiheitsrechte als verfassungsmäßige Rechte für den kantonalen wie für den Bundesgesetzgeber grundsätzlich verbindlich sind. Die Verletzung der Freiheitsrechte durch den Gesetzgeber zieht allgemein die Ungültigkeit des verletzenden Rechtssatzes nach sich. Dieser Schutz der Freiheitsrechte ist jedoch nicht ganz lückenlos, indem der Bundesgesetzgeber wohl auf die BV verpflichtet ist, er aber diese gemäß BV 113 Abs. 3 ungestraft verletzen kann⁵.

II.

Der generell abstrakte und schlagwortartige Charakter der Freiheitsrechte bringt es mit sich, daß die Freiheitsrechte nicht im-

1 Giacometti: Staatsrecht, S. 152 f.
Fleiner-Giacometti, S. 242.

2 Fleiner-Giacometti, S. 241 f.
a.M. H. Huber, S. 154a ff.

3 BGE 5, 338, ebenso 12, 106, 64 I S. 189 ff, aber BGE 11, 158 und Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 46, 47 N. 4, 49 ff. Vgl. ferner Spöndlin K.: Die verfassungsmäßige Garantie der persönlichen Freiheit, ZH Diss. 1945, S. 52 ff und Fleiner Giacometti, S. 242 Note 12c.

4 Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 50 f., Staatsrecht, S. 154, Fleiner Giacometti, S. 242 f, a.M. Huber, S. 143a und S. 155a f.

5 Burckhardt: Kommentar, Art. 113 BV, Fleiner-Giacometti, S. 243, 886.

mer unmittelbar anwendbar sind. Für die Anwendung im Einzelfall bedürfen sie vielmehr oft der Hilfe des anwendenden Organs. Zwar bedarf jede Rechtsnorm der Auslegung⁶, doch bedürfen die Freiheitsrechte ihrer in erhöhtem Maße. Ihre Interpretation erfolgt zur Hauptsache durch den obersten richterlichen Hüter der BV, das Bger.⁷ Dem Bger. fällt die schwierige⁸ Aufgabe zu, die bereits dargelegte, sich aus dem Sinn der Freiheitsrechte ergebende Beschränkung dieser Rechte im Einzelfall zu bestimmen. Die Arbeit des Richters besteht dabei zum großen Teil aus einer Wertung, muß er doch die öffentlichen Interessen der allgemeinen Wertschätzung des Einzelnen gegenüberstellen. Das Bger. stellte im Laufe der Zeit für die immer wiederkehrenden Wertungen gemeinsame Richtlinien auf, die zwar für die übrigen schweizerischen Gerichte nicht rechtlich, jedoch faktisch verbindlich sind. In diesen Richtlinien, Begriffsumschreibungen und Formulierungen sind die vom Verfassungsgerichtshof getroffenen Wertungen versteckt. Die so aufgestellten Begriffe und Leitsätze sind trotz aller richterlichen Sorgfalt zwar nicht absoluter, aber doch bis zu einem gewissen Grunde grundsätzlicher Natur. Darin liegt die große Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰. Deshalb entscheidet die Judikatur des Bger. auch zu einem großen Teil über den Inhalt des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, ist dieser doch den Freiheitsrechten immanent und daher nur nach Maßgabe ihrer Anwendung praktisch. Das Bger. legt indirekt und direkt nicht nur den Freiheitsrechten, sondern auch dem Grundsatz die konkreten Maße an.

Zur Bestimmung der Tragweite der Freiheitsrechte und damit des Prinzips, d.h. zur Eruierung des Gehaltes der Freiheitsrechte im Einzelfall wie zur Bestimmung der wertenden Begriffe bedient sich das Bger. in weitgehendem Maße allgemeiner rechtsstaatlicher Prinzipien, so des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit, welches ja den Grundsatz der Nichtrückwirkung enthält¹¹.

6 Nawiasky, S. 106.

7 BV 113, Ziff. 3., OG 83 ff.

8 Vgl. über die Rechtsqualität dieser Verfassungsauslegung
Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 4 ff, 54 f.

Imboden: Bundesrecht, S. 41 ff

Scherer J.: Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem, ZH Diss. 1937, S. 19 ff, 34 ff.

Ferner Schmitt, S. 36 ff.

Ebenso H. Huber, S. 144a.

9 Giacometti: Staatsrecht, S. 173, 180,

10 Eindrücklich Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit S. 5 f., 57 f.

11 Ausführlich: Bridel, S. 108 ff, Oberle M., § 6 II.

Ist durch zwei Autoren^{11a} nachgewiesen worden, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Bger. zur Bestimmung des konkreten Inhalts der Freiheitsrechte angewandt wird, so kann daraus seine Gültigkeit für das schweizerische Recht abgelesen werden. Durch seine Anwendung bringt das Bger. eben zum Ausdruck, daß er positivrechtlicher Inhalt der Freiheitsrechte der BV ist¹². Das muß de maiori minus auch für den Grundsatz der Nichtrückwirkung gelten, denn er ist als historisch Kleineres im allgemeineren Prinzip der Verhältnismäßigkeit enthalten¹³.

III.

Daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung geltender Inhalt der BV ist, folgt aber nicht nur aus seiner Ableitbarkeit aus den Freiheitsrechten und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die bundesgerichtliche Praxis bringt ihn auch in selbständiger Weise zur Anwendung. Das Bger. bedient sich dabei weniger der in dieser Arbeit vertretenen »objektiven« Fassung, sondern hauptsächlich der »subjektiven« Fassung des Prinzips^{14 15}.

Inwieweit aber der Grundsatz der Nichtrückwirkung in der schweizerischen Rechtsordnung verwirklicht worden ist, haben wir mit der Feststellung seiner grundsätzlichen Geltung noch nicht entschieden, weshalb diese Frage noch näher zu prüfen ist.

11a Vgl. N. 11.

12 Vgl. dazu Oberle, § 6, II.

13 Vgl. oben S. 86.

14 Vgl. unten 5. Teil.

15 Dieser Dualismus hat sich in der Schweiz insofern ausgewirkt, als das Prinzip der Nichtrückwirkung mehr als ein Postulat an den Richter denn als geltendes Recht aufgefaßt worden ist, vgl. z.B. BGE 47 I 16.

Die Verwirklichung des Grundsatzes in der öffentlich-rechtlichen Praxis der Schweiz

Ist nun der Inhalt des Grundsatzes in der schweizerischen Rechtsordnung ganz allgemein herauskristallisiert worden, so können wir seine Bedeutung an der einzelnen Rechtsfrage untersuchen. Wie der ihn beinhaltende Maßstab der Freiheitsrechte bedarf auch eben das Prinzip der Nichtrückwirkung der Konkretisierung, der Auslegung. Bereits zu Beginn der Untersuchung ist betont worden, daß das Problem der Rückwirkung nichts anderes als der Ausdruck bestimmter Interessenlagen ist, die viel Gemeinsames miteinander haben. Da die Interessenverteilung von Fall zu Fall verschieden ist, vermag keine noch so genaue grundsätzliche oder begriffliche Lösung von der Wertung im Einzelfall zu dispensieren¹.

I. Die Widerstände gegen die umfassende Verwirklichung des Grundsatzes

Die Frage der Rückwirkung ist in der schweizerischen Praxis schon unendlich oft aufgerollt worden, stellt sie sich doch bei jeder Normänderung. Nur hat man sie meist nicht erkannt. Wenn aber das Problem der Rückwirkung erörtert wurde, so geschah das von der Theorie der subjektiven öffentlichen und wohlerworbenen privaten Rechten her. Das ist auch der Grund, warum wir in der schweizerischen Praxis relativ wenig auf das Stichwort »Rückwirkung« stoßen. Die Bedeutung und Anwendung des Grundsatzes wird aber auch deshalb nicht voll durch die Praxis zum Ausdruck gebracht, weil diese Judikatur weit zerstreut, sowie oft schwer zugänglich publiziert und daher unvollständig ist.

1 Vgl. zur Aufgabe des Rechtsanwenders: Burckhardt: *Methode*, S. 95 ff, spez. S. 97.

Die Verwirklichung des Prinzips leidet natürlich unter diesen Umständen. Denn es können sich kaum weitere Leitsätze aus einer Praxis bilden, die teils unter andern Gesichtspunkten angepackt wird, und die teils unbekannt ist. Die Bedeutung des Prinzips ist in der Schweiz vor allem unter dem Einfluß von Savigny, resp. seiner Theorie der erworbenen Rechte, beschränkt geblieben. Die Zwiespältigkeit, welche seine Lehren stifteten, hat sich unfruchtbar ausgewirkt. Wer die Zusammenhänge zwischen dem Grundsatz der Nichtrückwirkung und dem Schutz wohlervorbener Rechte nicht erkannte, war in der Regel unfähig, klare und allgemeingültige Entscheidungen zu treffen. Das will nun aber nicht besagen, daß die schweizerischen Gerichts- und Verwaltungsentscheide sachlich falsch gewesen seien. Es ist vielmehr so, daß die berufenen Organe meist ein feines Rechtsgefühl hatten² und gute Urteile fällten, daß deren Begründung jedoch oft ungenügend und widerspruchsvoll war.

Nicht nur diese geltend gemachten Gründe sind für die beschränkte Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung anzuführen. In wohl noch weitgehendem Maße hat die politische Struktur des Landes dem Prinzip Abbruch getan. Das Bger. aufgelegt sich in der ungemein wichtigen Rechtsprechung zu BV 4 eine politisch bedingte Zurückhaltung^{3 4}. Ob diese Zurückhaltung richtig ist, erscheint heute fraglich⁵. Vorläufig ist hier nur festzustellen, daß diese Praxis des Bger. sich ungünstig ausgewirkt hat, was die Verwirklichung des Prinzips der Nichtrückwirkung anbetrifft. Die kantonalen Organe der Rechtspflege übernahmen nämlich die vom Bger. für die Feststellung der Willkür geprägten Kriterien. Damit wurde aber der Bereich der stoßenden Gesetzesverletzungen, welcher für die besondere Stellung des Bger. noch angehen konnte, auf kantonalem

2 BGE 74 I 523 ff.: »Allein der Schutz wohlervorbener Rechte ist im schweiz. Rechtssystem, wo immer das Gesetz nicht ausdrücklich anders normiert, eine Selbstverständlichkeit. Man mag es als einigermaßen störend empfinden, wenn dergestalt auf unbestimmte Zeit hinaus eine überholte Rechtsordnung nachwirkt. Solche Bedenken müssen aber zurücktreten vor der Notwendigkeit, die letzten Endes im Volksbewußtsein verwurzelten Grundkonzeptionen des Rechts zu wahren.«

3 Fleiner-Giacometti, S. 413 sowie die dort in Anm. 18 zit. Autoren. Es gibt aber noch andere Gründe für die Zurückhaltung des Bger., vgl. Imboden: Nichtigkeit, S. 146 f. Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 77 ff. Ueber die Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu BV 4 siehe auch Imboden: Willkür, S. 9 ff.

4 Imboden: Willkür, S. 24 ff, deckt ebenfalls die Mängel der bger. Praxis zu BV 4 auf.

5 siehe unten S. 119.

Boden viel zu eng gefaßt. Praktisch werden so die öffentlichen Interessen sehr oft auf Kosten von privaten Interessen verwirklicht, und damit die Rückwirkung angeordnet und für zulässig befunden, wo dies nicht mehr angeht. — Ein weiterer Grund und Hemmschuh der Verwirklichung des Prinzips ist das Fehlerkalkül von BV 113 Abs.3, welcher dem Bger. die Möglichkeit entzieht, gewisse Akte der Bundesgesetzgebung auf die Beachtung der Freiheitsrechte und damit auch des Grundsatzes zu überprüfen⁶.

II. Beschränkung in der Erörterung der Praxis

Wie bereits erwähnt worden ist, wird das Prinzip der Nichtrückwirkung bei jeder Normänderung in der Praxis bewußt oder unbewußt aktuell. Man könnte nun die Maße des Grundsatzes für jede einzelne Normänderung in den verschiedenen Verwaltungsrechtswegen aufzeigen, jede typische Interessenlage darstellen und den Grundsatz darauf anwenden. Der gleiche Effekt wird wohl auch erreicht, wenn das Prinzip an einzelnen, relativ häufigen Rechtsfragen illustriert wird. Durch diese Beschränkung kann zugleich die oft unzulässige Arbeit vermieden werden, aus wenigen Einzelentscheiden bereits grundsätzliche Prinzipien herauszulesen. — Zugleich soll die Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit nicht berücksichtigt werden, da die Dissertation von M. Oberle sie soeben erfaßt hat. Dadurch entsteht über die Anwendung des Prinzips allerdings ein nicht ganz zutreffendes Bild, da sie mit einer solchen Beschränkung praktisch nur noch die Judikatur zu oder unter dem limitierenden Einfluß von BV 4 erfaßt.

III. Die authentische Interpretation

A.

Eine stark umstrittene Rechtsfigur ist bekanntlich die authentische Interpretation. Dies rührt nicht nur davon her, daß man sich über ihren Begriff nicht einig ist, sondern es sind ihre sich teilweise widersprechenden Wirkungen, welche zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geben. Für unsere Untersuchung interessiert vor allem die Behauptung der angeborenen Rückwirkung der authentischen Interpretation. Sie wird von zahlreichen Autoren geradezu als Merkmal der authentischen Interpretation (a.I.) dargestellt¹.

⁶ Vgl. die Kritik bei Fleiner-Giacometti, S. 933 f.

¹ Braendle, S. 35, Lukas, S. 406, Blumenstein: MBVR 36, S. 3f., Gierke, I, 190, Nawiasky, 112.

Im Allgemeinen wird eine Rechtserscheinung als a.I. bezeichnet, wenn der Normgeber eine von ihm erzeugte Norm nachträglich inhaltlich durch einen gleichstufigen Akt präzisiert. Die in der Schweiz herrschende Ansicht sieht in der a.I. »nicht Auslegung, sondern Rechtssetzung«². »Sie gilt nicht vermöge ihrer Wahrheit, sondern unabhängig davon zufolge ihrer formell verbindlichen Kraft . . . Die a.I. kann . . . nur von demjenigen Organ ausgehen, das Gesetze zu schaffen vermag, und nur in der Form geschehen, welche für den Erlaß von Gesetzen vorgesehen sind«³.

Bezüglich der Rückwirkung der a.I. hat das Bger. ebenfalls Stellung genommen⁴. Aus seinen Entscheidungen kann der Schluß gezogen werden, daß es die Rückwirkung als unumstößliche Eigenschaft der a.I. betrachte⁵.

B.

Wie ist nun dieser Fragenkomplex zu lösen, wenn man den Grundsatz so anwendet, wie er oben entwickelt worden ist? Ohne den Begriff der a.I. zunächst klarzulegen, soll die dahinter liegende Situation erfaßt werden: Der Normgeber ist unzufrieden mit der Auslegung, welche man seinem Erlaß gibt. Die Auslegung durch die Rechtsanwendung entspricht nicht seinen Intentionen. Er möchte daher den Sinn »klarstellen«, die Praxis entsprechend beeinflussen. Es stehen ihm dazu zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Er kann es einmal mit einer bloßen Meinungsäußerung versuchen. Der wunde Punkt dabei ist aber, daß die nachträgliche Erläuterung nicht verbindlich ist⁶. Aus diesem Grunde ist der Gesetzgeber oft gezwungen, diesen Willen in Form einer Norm zu erlassen. Damit die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten der alten Norm durch die eine Auslegungsart der neuen Norm ersetzt werden können, muß sie gleichrangig sein, wie der bekannte Stufenbau des Rechts ja verlangt⁷. Sobald aber die Meinungsäußerung des Normgebers in die

² Egger: Komm. ZGB I 1, Nr. 9, Fleiner-Giacometti, S. 762, Imboden: Nichtigkeit, S. 140 N. 12.

³ BGE 33 I, 630 f., ebenso 41 I 13, 70 I 9, vgl. aber auch Burckhardt: Komm. BV 85, S. 668 und Anm. 3.

⁴ BGE 34 I 79 ff, 2 ff; 44 I 91.

⁵ Meist unter Hinweis auf Regelsberger: Pandekten I, S. 142, gl.M. Braendle, S. 32 ff und dort zit. Autoren.

a.M. Göppert, S. 198, Bremer, S. 277 ff, Streuli, S. 91.

Vgl. aber auch: Christ, S. 61—66, Giacometti: Verfassungsrecht, S. 79—81, gegenüber Marti: Verordnungsrecht, S. 156 f.

⁶ BGE 16, 674 f, 33 I 631, Regelsberger: Pand. I, 142 ff.

⁷ Burckhardt: Kommentar, S. 668, 786, Fleiner-Giacometti, S. 762.

Norm gekleidet ist, gilt sie unabhängig von ihrer Uebereinstimmung mit der alten Norm. Denn sie ist als ein Akt der Rechtssetzung schon an sich gültig, ihr Geltungsgrund liegt nicht in der alten Norm.

Die a.I. stellt grundsätzlich eine normale Rechtsnorm gewisser Stufe dar. Was sie von den übrigen Rechtsakten unterscheidet, ist die inhaltliche Aehnlichkeit mit einem früheren Rechtssatz. Diese Eigenschaft wird von vielen Autoren überbetont, d.h. dahinedeutet, daß überhaupt kein neuer Rechtssatz entstanden sei. Nur schon die folgende Ueberlegung führt zum Ausschluß dieser Ansicht. Wenn durch die neue Norm eine der früher möglichen Rechtssatzsinne gewählt wurde, so ist doch der frühere Rechtssatz geändert worden. Denn durch den neuen Rechtssatz wurden die übrigen früheren Sinnvarianten ausgeschaltet. Es liegt also bestimmt ein Rechtssetzungsakt im Sinne der Rechtsänderung vor.

Die Versuchung ist selbstverständlich für den Normgeber groß, die a.I. mit Rückwirkung anzuordnen, vielleicht weil die neue Norm gerade im Hinblick auf eine besonders mißbilligte Auslegung der alten Norm entstanden ist. Symptomatisch für die Richtigkeit dieser Vermutung ist die Tatsache, daß die a.I. mit Rückwirkung von den absolutistischen Kaisern Spätroms begründet worden ist^{8 9}.

In Tat und Wahrheit soll durch einen Begriffs-»Trick« die Arbeit des Rechtsanwenders im weitesten Sinne, nämlich die Wertung der Interessenlage umgangen werden. Dabei ist diese Interessenlage gar nicht grundsätzlich verschieden von derjenigen der gewöhnlichen Rechtsänderung. Wenn die rückwirkende a.I. an einer für ein geschütztes Rechtsgut entscheidenden Stelle einsetzt, so ist die Rückwirkung mindestens von der gleichen Tragweite und Eingriffsschwere wie die Rückwirkung einer gewöhnlichen, umfassenden Rechtsänderung.

Die Erkenntnis der Gleichheit der grundsätzlichen Interessenkonstellationen läßt den Schluß zu, daß die Frage der Rückwirkung der a.I. nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden ist wie bei der gewöhnlichen Rechtsänderung.

Die Entscheidung der Zulässigkeit der Rückwirkung der a.I. muß daher verschieden ausfallen, je nach der Stärke der vorhandenen Interessen, je nach ihrer Verletzung resp. dem Grad der Rückwirkung. So erscheint eine Rückwirkung auf pendente Fälle wohl eher zulässig als eine solche auf bereits erledigte Sachen¹⁰. Die Rück-

8 Braendle, S. 33 f.

9 Lediglich schon zur Verhütung von Mißbräuchen, wie sie immer wieder vorgekommen sind, ist daher die Qualifikation der a.I. als Rechtssatz mit angeborener Rückwirkung abzulehnen.

wirkung im letzteren Sinne ist wohl nur zulässig, wenn ein überwältigendes Allgemeininteresse, dessen Nichtbeachtung den größeren Schaden bedeuten würde, als durch die Rückwirkung gestiftet wird, vorliegt. Bei der ganzen Abwägung ist immer im Auge zu behalten, daß die Entscheidung im Rechtsstaat wenn möglich zugunsten des Individualinteresses ausfallen soll: **in dubio pro libertate, resp. pro individuo**. Der Wertmaßstab der Freiheitsrechte ist in jedem Falle, wo die Wertung über die Rückwirkung entscheiden soll, anzusetzen; und nur dann ist die Abwägung richtig, wenn sie mit ihm in Einklang steht.

C.

Abschließend ist aber noch folgendes festzustellen: Wenn auch die Rückwirkung der a.I. im Einzelfalle vor dem Maßstabe der Freiheitsrechte nicht stand hält, so ist dem Rechtsanwender im pendingen Fall nicht verwehrt, die Ansicht der neuen Norm zur Geltung zu bringen. Dabei ist allerdings vorausgesetzt, daß sie eine der möglichen alten Auslegungen darstellt. Der Rechtsanwender wird dies aus begreiflichen Gründen¹¹ auch oft tun, wenn er nicht erhebliche Zweifel an der behaupteten Uebereinstimmung des Sinnes der neuen Norm mit einer Auslegung der alten Norm hat. Das ist jedoch keine Rückwirkung, sondern die freiwillige Wahl einer andern, bisher schon möglichen Auslegung eines Rechtsaktes.

Diese Analyse der a.I. zeigt somit richtig, wie Braendle¹² und andere Autoren befürchtet haben, daß die a.I. keine selbständige juristische Kategorie ist. Doch was schadet diese Erkenntnis? Es kommt wohl nicht auf die Existenz einer juristischen Kategorie an, sondern darauf, daß die Situation geklärt und die umfassende Lösung der Streitfrage gefunden wird.

IV. Das Beamtengehalt

A.

Eine weitere, lange Zeit heiß umstrittene Frage ist verknüpft mit der Abänderungsmöglichkeit von Besoldungsordnungen. Nach der früher herrschenden Ansicht war die Anstellung des Beamten

¹⁰ Das Argument des Bger. in 44 I 91, daß die Anwendung auf pendente Fälle keine Rückwirkung sei, ist wohl nicht stichhaltig, vgl. auch Braendle S. 39. Dadurch, daß eben nur noch eine Auslegung möglich ist, wird auf den schwebenden Fall entscheidend eingewirkt, von der neuen Norm her zurückgewirkt auf die unter der alten Norm entstandene Rechtssache.

¹¹ Denn die Gesetzesanordnung ist doch ein starkes Indiz für die Richtigkeit der Auslegung des neuen Rechtssatzes, wie sie der neue Rechtssatz bestimmen will.

¹² S. 35

Lukas, S. 406.

ein privatrechtlicher, später ein öffentlichrechtlicher Vertrag¹. Damals war es klar, daß der bei Anstellung des Beamten versprochene Lohn bezahlt werden mußte, wie das im Privatrecht der Fall war². Fraglich wurde dies erst, als sich allmählich die Vorstellung der Anstellung als eines hoheitlichen Staatsaktes durchzusetzen begann. Im öffentlichen Recht aber wurden nach derzeitiger Auffassung nur öffentliche Interessen verfochten. Inwieweit mußte nun das öffentliche Recht auf diese Privatrechte Rücksicht nehmen? Es blieb nicht anderes übrig, als dem Besoldungsanspruch die privatrechtl. Natur zu belassen³. So gelangten die Gerichte zu brauchbaren Resultaten. Doch die Entwicklung ging weiter: Um die Jahrhundertwende erlebte nicht nur das Verwaltungsrecht gewaltigen Aufschwung, sondern auch die Theorie der wohlerworbenen Rechte hielt Einzug im öffentlichen Recht⁴. Damit war das Ei des Kolumbus gefunden: Das gesamte Rechtsverhältnis der Beamten wurde nun als öffentlichrechtlich angesehen. Der Besoldungsanspruch stellte ein subjektives öffentliches Recht dar. Das sollte nicht anderes bedeuten, als daß der Anspruch während der Anstellungsdauer nicht geändert werden dürfe⁵.

In der Schweiz schlossen sich die Gerichte dieser Auffassung nicht sofort an. Die Gründe für dieses Zögern wurden deutlich im BGE 46 I 150. Man sah die Haltlosigkeit der zivilrechtlichen Konstruktion ein, hielt sie aber im Hinblick auf den Mangel an verwaltungsrechtlichen Schutzmitteln aufrecht.

Noch 1924 findet sich in den MBVR Nr. 126 ein Urteil, das die Existenz wohlerworbener Rechte verneint:

»Dazu kommt noch die Erwägung, daß nach ständiger bundesger. Praxis die verfassungsmäßige Garantie . . . der sog. wohlerworbenen Rechte sich nur auf privatrechtl. Verhältnisse bezieht, nicht aber auf öffentlichrechtliche Ansprüche, . . . soweit sie auf öffentlichrechtlichen Normen beruhen.«

Doch schon ein früherere Entscheid des bernischen Regierungsrates bedeutet einen Schritt näher zum heutigen Zustand. (MBVR 1923, Nr. 56)

1 Giacometti: Grenzziehung, S. 11 ff.

2 BGE 13, 343.

3 Vgl. z.B. BGE 16, 445.

4 Geschichtlicher Ueberblick, oben § 1, II.

5 Fleiner: Institutionen, S 58, 172 f, 176 ff.

Fleiner: Umbildung, S. 15.

Mayer O., II, S. 262, 350 ff.

6 Vgl. Genauerer über den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes, Fleiner: Bundesstaatsrecht, S. 274 ff, oder Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 46 ff, besonders S. 59 ff; vor allem Jellinek G.: System der subj. öffentlichen Rechte, S. 39 ff.

In dem in ZBl. 1924, S. 22 wiedergegebenen Zürcher Entscheid, der auf Grund eines Gutachtens der dortigen juristischen Fakultät gefällt wurde, wurde der Besoldungsanspruch als während der Amtsdauer »unentziehbares« Recht bezeichnet, ob man sich das Anstellungsverhältnis nun rein öffentlichrechtlich oder gemischt vorstelle.

Nachdem das Bger. in BGE 62 II 220 die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte abgelehnt hatte, bejahte es sie in 65 I 313 und festigte seine nunmehrige, bis heute geltende Praxis im entschiedenen Urteil 67 I 188 f. Die Rechtslage, welche diesem Fall zu Grunde lag, mußte das Bger. direkt zur Weiterentwicklung seiner Grundsätze veranlassen. Denn in diesem fraglichen Besoldungsgesetz war auf jede nur mögliche Art die Unveränderlichkeit der vermögensrechtl. Verhältnisse der Beamten zu erreichen versucht worden. Die öffentlichrechtliche Norm war offensichtlich vorwiegend im Interesse der Privaten erlassen worden. Die Analogie mit den wohlerworbenen Privatrechten drängte sich geradezu auf. Die in 67 I 188 konsolidierte Praxis setzte das Bger. in 70 I 22 und 74 I 470b fort und führte sie näher aus^{6a}. Es besteht danach nicht immer ein subjektives öffentliches Recht bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten, es liegt nur dann vor, wenn es von einer besonderen generellen oder einer individuellen Zusicherung begleitet ist.

Auf diese Praxis baut auch die kantonale Rechtsprechung auf⁷.

B.

Dieser Längsschnitt durch die Praxis zeigt bereits, wie sehr die Theorie der erworbenen Rechte in der Schweiz den Grundsatz der »Nichtrückwirkung« verdrängt. Er wurde denn auch nur in einer Nebenfrage zum Entscheid ZBl. 1936, S. 396 gestreift. Dabei zeigt sich, daß die wohlerworbenen Rechte vom Grundsatz der Nichtrückwirkung streng getrennt werden und die Frage der »Rückwirkung« nur als eine solche der Retrodatierung aufgefaßt⁸ wird.

Wie lassen sich nun alle Variationen des Problems der Besoldungsreduktion vom Grundsatz der Nichtrückwirkung aus lösen? Die Interessenlage, an welche die anhand des Grundsatzes zu treffende Wertung anzuknüpfen hat, ist folgende: Die in das Gewaltverhältnis eintretenden Privaten haben die Stellung als Beamte angenommen im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Besoldung.

^{6a} neuestens auch BGE 77 I 136 ff.

⁷ Vgl. z.B. AGVE 48, S. 302 E. 1.

⁸ ebenso 74 I 469 f.

Dabei haben sie oft der Beamtenstelle den Vorzug vor einem privaten Posten gegeben gerade im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Besoldung. Meist spielt auch das Moment mit, eine Stellung mit geringerem Salär anzunehmen, weil dieses dafür sicherer sei. In der Folge wird der Beamte seine persönlichen Verhältnisse entsprechend dem in Aussicht gestellten Gehalt geordnet haben. In diese sicher nicht unwürdigen Interessen wird durch die Gehaltsreduktion empfindlich eingegriffen. Andererseits hat der Staat solche Reduktionen vor allem dann vorgenommen, wenn seine Finanzlage prekär war⁹. Die Reduktion erfolgt nicht, weil die Dienstleistung weniger wertvoll geworden ist, sondern aus Gründen, die der Beamte nicht zu vertreten hat. Allerdings können diese sehr dringend sein, z.B. wenn der Staat fast bankrott macht. In einem solchen Falle erscheint eine Gehaltskürzung sehr dringend.

Umgekehrt sind auch die privaten Interessen der Beamten nicht immer gleich schutzwürdig. Es ist nicht jedes Vertrauen in die Stabilität des Rechtes gleich zu schützen¹⁰, sondern es ist zu prüfen, inwieweit dieses Vertrauen gerechtfertigt war¹¹. Hier spielen nun die vom Bger. für die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts maßgebenden Zusicherungen hinein¹². Sie sind zu beachtende Gesichtspunkte in der Bewertung, aber nicht allein von Bedeutung.

Auch die Amtsdauer ist für die Abwägung wichtig. Hat sie überhaupt einen Sinn, so nur den, daß bei Ablauf das Anstellungsverhältnis erlöscht, resp. daß es dann revidiert werden kann¹³. Diese Möglichkeit der umfassenden Revision durch den Staat in einem gewissen Zeitpunkt muß aber sinnvollerweise zur Folge haben, daß während der Dauer des Anstellungsverhältnisses eine Revision grundsätzlich nicht vorgenommen werden soll und kann. Die Amtsdauer ist wie die gesetzliche Festsetzung der Besoldungsansprüche berechnet, dem Beamten eine rechtliche Sicherheit zu bieten.^{14 15}

9 ZBl. 1936, S. 396, in fine S. 397.

10 gl.M. Imboden: Nichtigkeit, S. 76.

11 Das Prinzip von Treu und Glauben gilt auch im öffentlichen Recht. Vgl. z.B. 34 I 28, ZBl 33, S. 40, besonders auch ZBl 45, S. 92 f und 373 ff.

12 Eine solche stillschweigende Garantie, die das Bundesger. nicht erwähnt, aber auch darunter fallen dürfte, findet sich in MBVR 1928, Nr. 50.

13 Fleiner-Giacometti, S. 661 ff, besonders 664; Kern, S. 55 ff; Kirchhofer, SJZ 1937/38, S. 78 f.

14 Gut: ZBl 1924, S. 23: »Der Staat hat sich durch die gesetzliche Zuerkennung fester Besoldungen . . . für die Dauer der Anstellung die Hände gebunden.« Vgl. auch Im-Hof, S. 253a, 277a ff, 418a ff.

15 Dazu der anders gelagerte Fall des Hilfslehrers mit provisorischer Anstellung: AGVE 48, Nr. 51.

Aber auch die Dauer des Anstellungsverhältnisses kann von Bedeutung sein. Es kommt nämlich darauf an, ob die Amtsdauer zwei oder zehn Jahre beträgt. Im ersten Falle ist dem Staat eher als im zweiten Falle zumutbar, mit der Gehaltsreduktion bis zum Ablauf der Amtsdauer zuzuwarten.

So kommen wir zu folgenden Schlüssen: Wo die Anstellungsdauer relativ kurz ist (2—4 Jahre z.B.), und wo das Vertrauen auf die Unveränderlichkeit der Besoldungsansätze besonders gerechtfertigt erscheint (z.B. wo die Praxis von wohlerworbenen Rechten spricht), bedarf es angesichts der Größe und Intensität des privaten Interesses auch eines ausserordentlich großen öffentlichen Interesses zur sofortigen Abänderung der Besoldungsverhältnisse. Öffentliche Interessen gewöhnlicher Stärke, wie eine schlechte Finanzlage des Staates, genügen hier nicht.

Wo keine gesetzlichen Garantien vorgesehen sind und die Amtsdauer relativ lang ist, wird andererseits eine Gehaltsreduktion eher möglich sein. Das heißt aber nicht, daß die Interessen der Beamten nur faktische sind, wie dies das Bger. z.B. in ZBl 1928, S. 521 ff zum Ausdruck bringt. Wenngleich die Besoldung nur durch gewöhnliches Gesetz festgesetzt ist und der Staat die Macht und das Recht hat, ein Gesetz jederzeit abzuändern, so bedeutet das nicht, daß die Interessen der Beamten Spielbälle des gesetzgeberischen Gutdünkens sind¹⁶. Dies ist nicht einmal der Fall, wenn sich der Gesetzgeber die Abänderung jederzeit vorbehalten hat¹⁷. Wenn das Bundesgericht in ZBl. 1928, S. 524 ausführt:

»Der Beamte steht nicht über und nicht neben dem Staat, sondern er bildet einen Teil des Staatsorganismus und er teilt damit das Schicksal des Staates im Erfolg und Mißerfolg. Und wie die allgemeine Finanzlage des Staates Einfluß hat auf die ganze Finanzgebarung des Staates im Dienste der Allgemeinheit, so kann sie auch nicht ohne Einfluß bleiben auf die Ordnung der Besoldungen, Ruhegehälter und Finanzpolitik überhaupt.«

dann bedeutet das nicht, daß die Beamtengehälter nur nach finanzpolitischen Gesichtspunkten geregelt sind, daß sie die gleiche Stellung einnehmen wie der Gewinn in der Erfolgsrechnung des Kaufmannes. Diese weitgehende Erfassung des öffentlichen Interesses und Außerachtlassen der privaten Interessen der Beamten ist wohl

16 Vgl. die wohl gl.M. von Im-Hof, S. 282a f. Es ist hier noch auf die Besonderheit hinzuweisen, daß die entstehenden Nachteile grundsätzlich nicht durch Entschädigungen gemildert werden können, denn es wäre nicht sinnvoll, eine Geldleistung durch eine andere abzulösen, vgl. auch 67 I 190. Ferner siehe Burckhardt: Organisation, S. 103 ff.

17 Ein solcher Fall im ZBl. 1936, S. 396.

nur möglich, wenn der Staat sich dieses Systemes des »Erfolgslohns« vorbehält. In allen anderen Fällen, wo der Staat die Besoldung ohne besondere Abänderbarkeitserleichterungen zugesprochen hat, ist er auf den Grundsatz der Nichtrückwirkung, resp. der Verhältnismäßigkeit in vollem Umfang verpflichtet¹⁸. Man muß vom Normgeber verlangen, daß er bei der Herabsetzung von Gehältern private und öffentliche Interessen abwäge, daß er die verschiedenen Nachteile in Rechnung stelle, daß er nicht bloß das als stärker erkannte öffentliche Interesse, den berechtigten Zweck ohne weiteres durchsetze, sondern daß er auch das Mittel zur Verwirklichung des Zweckes: rückdatierte, sofortige oder zeitlich abgestufte Gehaltskürzungen und das Ausmaß der Reduktion am objektiven Maßstab unseres Staates, d.h. am Eigenwert des Individuums, hier der Wertschätzung des Beamten messe. Es darf dabei nicht vergessen werden, daß eine Vermutung zugunsten der freiheitlichen Lösung¹⁹, d.h. hier zugunsten der »Nichtrückwirkung« besteht.

C.

Die Untersuchung der Praxis ergibt, daß in großem Umfange die Ergebnisse mit den durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gefundenen Urteilen übereinstimmen. Das beweist, daß die Praxis bewußt oder unbewußt die gleiche Wertung unter dem Deckmantel von Begriffen und Grundsätzen vornimmt^{20 21}. Aber auch die Nachteile des subjektiv gefärbten Grundsatzes werden offenbar. Wenn keine wohlerworbenen Rechte geltend gemacht werden konnten, wurde der Schutz der vorgebrachten Interessen in der Regel abgelehnt. Daß ein solcher Umkehrschluß nicht angeht, weil er eine unzulässige Verabsolutierung von relativ geringen Unterschieden darstellt, dürfte sich aus den an diesem Beispiel der Gehaltsreduktion gemachten Ausführungen klar ergeben haben.

V. Der Pensionsanspruch

A.

Eine analog gelagerte Rechtsfrage ergibt sich bei der Diskussion der Herabsetzung von Pensionen. Auch hier finden wir unter

18 Fleiner-Giacometti, S. 665 f.

19 Fleiner: Bundesstaatsrecht, S. 286, N. 24.

20 Für eine verwandte Rechtsfrage stellt Imboden das Gleiche fest, Nichtigkeit, S. 1 ff, S. 7.

21 Die Interessenabwägung kann im Entscheid MBVR 1923, N. 56 gut wahrgenommen werden. Der Wille des Einzelnen bei der Begründung der Anstellung und das daraus fließende Privatinteresse werden dem staatlichen Interesse gegenübergestellt.

Umständen eine sehr gegensätzliche Interessenlage: Auf der einen Seite steht der Staat mit seinen finanziellen Interessen, auf der andern Seite die privaten Interessen der Beamten, resp. Exbeamten. Die Ansprüche auf die Pension sind bei ihm von ausschlaggebender Bedeutung. Nicht nur daß er oft die schlechter bezahlte Bundesstelle im Hinblick auf eine allerdings noch nicht zahlenmäßig feststehende Pension angenommen hat, er wird wohl als Exbeamter seine Lebensverhältnisse ganz nach der Höhe der Pension einrichten. Eine Herabsetzung der Pension aus Gründen, die nicht in ihm liegen, bedeutet für ihn in der Regel den größeren Schaden als die Herabsetzung der Besoldung für den Beamten¹. Dazu kommt, daß er — im Gegensatz zum noch diensttuenden Beamten — seinem Brotgeber restlos ausgeliefert ist, weil er in diesem Alter oder Zustand keinen andern »Arbeitgeber« mehr finden würde.

Das Bger. macht jedoch in der Abwägung dieser Interessenlage keinen Unterschied gegenüber der in Abschnitt IV beleuchteten Konstellation. Es spricht im Gegensatz zur deutschen Verwaltungsrechtslehre² den Pensionsansprüchen den Charakter von unabänderlichen Berechtigungen nicht grundsätzlich zu.

Zu einer solchen Annahme müssen die Ansprüche wie bei der vorhergehenden Rechtsfrage besonders garantiert sein³. Allerdings wird besonders betont, daß der Gesetzgeber nicht willkürlich die Pension abändern darf⁴. Interessant ist in dieser Hinsicht der Entscheid 63 I 37 ff., wo ein Zurückkommen auf einen Rentenentscheid ausgeschlossen wird, wenn nicht die Gesetzgebung, sondern lediglich die Rechtsanschauung sich geändert hat. Die in diesem Entscheid ausgesprochene Eigenschaft der Ansprüche als subjektive öffentliche Rechte (S. 40) hinderte den Bundesrat einige Jahre später nicht, die Renten dennoch herabzusetzen, um die Kasse zu sanieren. Einem Zustupf aus den Geldern des Bundes, die damals ziemlich reichlich flossen, wurde das Opfer der relativ wehrlosen Pensionsbezüger und Versicherten vorgezogen⁵.

1 Die Pension stellt ja nur einen bestimmten Bruchteil der bisherigen Besoldung dar, bedingt also eine gewisse Einschränkung des Pensionierten in seinen Verhältnissen. Eine weitere Beschränkung durch eine Herabsetzung der Pension trifft ihn daher logischerweise stärker als den Beamten die Besoldungsherabsetzung.

2 Fleiner: Institutionen, S. 201.

3 BGE 67 I 188 E. 6, 70 I 18 ff, 77 I 136 ff.

4 BGE 70 I 23, 77 I 136 ff.

5 Vgl. das Gutachten von Prof. Giacometti in der Post-, Zoll- und Telegraphenzeitung 1941, Nr. 49.

B.

Welches ist nun eigentlich die Stellung des Pensionierten? Ist der Staat ihm gegenüber lediglich ein Wohltäter⁶ oder besteht doch eine gewisse Berechtigung des Pensionierten auf die Pension? In ZBl. 1928, S. 521 ff. charakterisiert das Bger. das Verhältnis treffend wie folgt:

»Die Pensionierung eines Beamten ist ihrer Natur nach nichts anderes als die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses in anderer Form. Was für die Ordnung der Beamtenrechte im allgemeinen gilt, gilt auch für die pensionierten Bundesbeamten im besondern.«

Diese Auffassung hat es in neuester Zeit weiter ausgeführt⁷. Somit erscheint das Verhältnis des Pensionierten zum Staat als die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses, wobei in erster Linie nur die Dienstleistungspflicht des Beamten weggefallen ist. Parallel zu dieser Erscheinung gewinnt auch die Anschauung immer mehr an Boden, daß die Pension einen Teil der bereits verdienten Besoldung darstellt. Diese mehr wirtschaftliche Betrachtungsweise drängt sich geradezu auf, seit nicht mehr nur die Angestellten der öffentlichen Betriebe Pensionen in irgend einer Form erhalten, sondern auch die Arbeiter aller privaten Betriebe über die AHV zu einer Pension im weiteren Sinne gelangen. Solche Zahlungen, welche zunächst als Solidarbeiträge der bessergestellten Klasse betrachtet werden können, soweit sie vom Arbeitgeber aufgebracht werden, stellen wirtschaftlich gesehen nichts anderes als Lohnbeträgnisse dar, die dem Arbeitnehmer erst nach Erreichung gewisser Bedingungen ausbezahlt werden.

Daß aber auch die Pensionen der öffentlichen Betriebe gemäß dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Zahlungen bereits verdienten Lohnes zu begreifen sind, ist vor allem bei den durch Versicherungskassen geregelten Pensionsverhältnissen ersichtlich. Wie bei der AHV zahlt neben dem Arbeitnehmer auch der Arbeitgeber während der Dauer der Anstellung einen Beitrag an die Kasse. Solche Prämien werden sicherlich nicht als Schenkung betrachtet, sondern als ein Teil des Lohnes in die Kalkulation einbezogen.

Diese Ansicht wird auch bestätigt durch den Zweck der Pensionsversprechen, einen Stock qualifizierter Beamten zu erreichen und

6 Diese Ansicht war bis vor kurzem herrschend.

7 ZBl 50, S. 582 ff.

8 Ueber den Inhalt der Treuepflicht ausführlich Im-Hof, S. 293a ff.

zu behalten⁹. Auch die Tatsache, daß die Pensionshöhe nach der Anzahl der Dienstjahre und der Gehaltshöhe berechnet wird, spricht für diesen Charakter der Pension¹⁰.

Wenn man die Pensionsansprüche in diesem, der neuesten Entwicklung der Rechtsanschauung angepaßten Sinne konzipiert, so erscheint die Unveränderlichkeit der bereits verdienten Pension als das Gegebene.

Für eine Abänderbarkeit im Sinne der Herabsetzung der Renten, resp. Ruhegehälter spräche, daß es stoßend ist, solche Leistungen für einen langen Zeitraum als unveränderlich zu erklären. Denn es können immerhin Verhältnisse eintreten, die eine Abänderung dringend erfordern. Da das Bger. und die übrige schweizerische Rechtsprechung das Unbefriedigende sah, das durch die Starrheit und Unbeweglichkeit der Konzeption der Pensionsansprüche als wohlerworbene Rechte sich ergeben konnte, verneinten sie im Gegensatz zum deutschen Verwaltungsrecht die prinzipielle Unabänderbarkeit der Pensionsansprüche¹¹.

C.

Welche Ergebnisse liefert nun die Anwendung des Grundsatzes der »Nichtrückwirkung«? Auszugehen ist von der allseits anerkannten Vermutung der »Nichtrückwirkung«. Wie kann sie im konkreten Fall entkräftet werden? Sicher ist, daß die Abwägung der Interessen beeinflußt wird von der Art und dem Grad der Garantierung der Pensionsansprüche¹². Es muß auch vorweg betont werden, daß angesichts der eben dargelegten Interessenlage und der so aufgefaßten Rechtsnatur des Pensionsanspruches dieser relativ unveränderlich sein muß.

Während die Rentenherabsetzungsnachteile der noch nicht Rentenberechtigten z.B. noch durch öffentliche Interessen aufgewogen werden können, da für sie vorläufig nur ein theoretischer Schaden entsteht und sie wirtschaftlich prinzipiell noch unabhängiger sind, ist ein solches zur Prävalierung der Interessen und der Schadens-

9 Vgl. Fleiner-Giacometti, S. 683.

10 In die gleiche Richtung deutet die Regelung, wie sie in ZBl 1924, S. 141 ff gestreift wird.

11 z.B. 70 I 20, ZBl 1945, S. 152.

12 So stehen sich punkto Art der Garantierung die Lagen von 67 I 188 f. und 70 I 18 ff, Praxis 1937 Nr. 138 gegenüber. Auch hinsichtlich des verschiedenen großen Umfanges finden sich Beispiele: 63 I 37 ff und 67 I 188 ff im Gegensatz zu ZBl 1939, S. 174.

aussichten auf Seiten der Pensionsbezüger schwer zu finden¹³. Es müssen nach Maßgabe des mehr oder weniger berechtigten Vertrauens der Pensionierten in das Bestehenbleiben der Pensionsordnung öffentliche Interessen vorhanden sein, die nicht nur durch die schlechte Lage der Kasse, sondern auch die dauernd schlimme Lage des Staates bedingt sind. Es bedarf zur Herabsetzung unter Umständen nicht nur der schlechten Lage der Kasse¹⁴ und nicht nur der prekären Finanzlage des Staates¹⁵. Eine Rückwirkung im Sinne der Herabsetzung kommt in einzelnen Fällen¹⁶ viel mehr nur dann in Frage, wenn der Schaden, der durch die Nicht-Reduktion entsteht, nicht durch andere Maßnahmen behoben werden kann¹⁷ und zugleich größer ist als der Nachteil auf Seiten der Betroffenen bei einer eventuellen Reduktion.

Aber nicht nur der Zweck, die öffentlichen Interessen müssen nach dem rechtsstaatlichen Maßstab der Wertschätzung des Einzelnen gerechtfertigt sein. Der Grundsatz der »Nichtrückwirkung« verlangt auch das Ausrichten des Mittels auf dieses Grundmaß. Wie schon mehrmals ausgesprochen¹⁸, darf eine Reduktion der Ansprüche, wo der Zweck an sich gerechtfertigt ist, nur im minimalen, wirklich notwendigen Rahmen erfolgen¹⁹.

D.

Die Vergleichung dieser Darlegungen mit den Resultaten der Praxis ergibt zwei besondere Feststellungen:

Die rechtliche Situation, welche den wohlerworbenen Rechten zugrunde liegt, wird durch die Praxis in gleicher Weise gewertet. Sie proklamiert nicht die absolute Unveränderlichkeit, sondern bezeichnet einen vorübergehenden Eingriff wegen eines staatlichen Notstandes als im Bereich des Diskutierbaren liegend²⁰.

13 Eine gewisse Willkür kann aber im Bezuge auf die Trennung der Interessenten in diese beiden Gruppen nicht vermieden werden. Doch ist es sicher das Gegebene, daß der Zeitpunkt der Pensionierung als Trennungspunkt gewählt wird, weil dann der Anspruch des Beamten durch einen besonderen Rechtsakt konkretisiert wird, vgl. auch die Praxis 1942, Nr. 5 S. 11.

14 Vgl. oben S. 105 Anm. 5.

15 67 I 188 ff., 70 I Nr. 3.

16 Vgl. Anm. 5 und oben S. 105.

17 z.B. durch staatliche Beitragsleistungen an die Kasse, Abänderung der Aufnahmebedingungen, Erhöhung der Prämienleistungen der Beamten.

18 Vgl. oben S. 85.

19 auch Im-Hof, S. 282a f.

20 Praxis 1942, Nr. 5, S. 12, dazu 63 I 38 ff.

Hingegen wird für die nicht als subjektive öffentliche Rechte anerkannten Berechtigungen die Veränderlichkeit durch die Praxis in größerem Ausmaße bejaht, als der Grundsatz der Nichtrückwirkung es zuläßt. Das rührt nicht nur von der verhängnisvollen öfters genannten Umkehrung des Prinzips des Schutzes wohlverbodener Rechte her. Die Ursache ist auch in der bundesgerichtlichen Zurückhaltung zu suchen, welche die Willkür verneinen muß, sobald die angeführte Auslegung eines Rechtssatzes auch nur im entferntesten möglich ist, ja sogar sobald der Rechtssatz durch irgend ein, wenn auch gar nicht primär verfolgtes Ziel sich rechtfertigen läßt.

So wäre wohl in 70 I 18 ff die Entscheidung zugunsten der Pensionierten ausgefallen, wenn der Grundsatz der Nichtrückwirkung voll hätte verwirklicht werden können. Denn im Zweifel müßte eben die freiheitlichere Lösung, die Lösung im Sinne des Vertrauensschutzes getroffen werden²¹. Durch die Praxis wird aber der Grundsatz gerade ins Gegenteil verkehrt: Ueberall da, wo eine Auslegung zugunsten des Staates irgendwie möglich erscheint, wird die Herabsetzung als gerechtfertigt erachtet.

Auch die Entscheidung von Praxis 1937, Nr. 138 widerspricht dem Grundsatz der Nichtrückwirkung. Wenn das Gesetz vorher eine Garantierung der Pensionsansprüche in einer Verordnung ermöglicht hat, kann der Gesetzgeber nicht einfach in diese Rechte eingreifen, weil sie nur durch die Verordnung garantiert worden sind. Durch den Nichtausschluß der Garantierung der Rechte hat er sie indirekt geschützt. Daher ist er verpflichtet, sie nur dann zu tangieren, wenn Mittel und Zweck an dem bekannten Grundmaß als zulässig befunden worden sind. Der Gesetzgeber kann zwar die Verordnung jederzeit aufheben. Aber ein Eingriff in die von ihm resp. der zugelassenen Verordnung bereits entscheidend gestalteten Rechtsverhältnisse ist ihm verboten, wenn die herrschende Interessen- und Wertlage dies gebietet²².

VI. Die Beschränkung der Amtsdauer und der Wiederwählbarkeit

A.

Die Frage der Beschränkung der Amtsdauer soll hier weniger aus dem Grunde ihrer Aktualität als ihrer bemerkenswerten Lösung im

21 Das Gleiche läßt sich sagen gegen die Entscheidungen im ZBl. 1939, S. 174 und 1944, S. 152 ff.

22 Ob das Bger. in diesem Falle nicht eine andere Entscheidung getroffen hätte, wenn es nicht an BV 113 Abs. 3 gebunden wäre, kann dahingestellt bleiben.

Falle des **BGE 50 I 74 E. 4** erörtert werden. Es kann dabei die interessante Feststellung gemacht werden, daß das Bger. die Anwendung des Grundsatzes der »Nichtrückwirkung« ausdrücklich ablehnt, daß es aber in Wirklichkeit dieses Prinzip sehr genau ausführt. Der Kanton Genf führte mit Gesetz vom 6. 10. 1923 die Altersgrenze für seine Beamten ein, welche bis jetzt auf unbestimmte Zeit gewählt worden war. Das Bger. hatte zu prüfen, ob die Rückwirkung auf die früher gewählten Beamten ohne Entschädigung verfassungswidrig sei. Nach der Ablehnung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung geht das Bger. in der genau gleichen Art und Weise vor, wie es der Grundsatz eigentlich verlangt. Zunächst wird die Interessen- und Wertlage ermittelt. Das Gericht stellt die Art der Rechte der Beamten fest: Da die Anstellungsbedingungen der Beamten nicht von lebenslänglicher Wahl sprechen, sondern über die Dauer des Dienstverhältnisses nichts aussagen, und da andererseits in der Schweiz die Ernennung auf Lebenszeit die Ausnahme bildet¹, besteht die Vermutung nicht für die Anstellung auf Lebenszeit². Obwohl die Angestellten praktisch immer auf Lebenszeit im Amte stehen, spielt dieser rechtl. Unterschied eine Rolle. Denn das Vertrauen wäre im Falle der ausdrücklichen Anstellung auf Lebenszeit wohl ein begründeteres, qualifizierteres. Wenn der Beamte nur auf unbestimmte Zeit gewählt ist, kann er eher durch ein neues Gesetz betroffen werden, vermögen sich geltend gemachte öffentliche Interessen eher durchzusetzen.

Das Bger. führt weiter aus, daß BV 4 nicht die Entschädigungspflicht des Staates für jeden gerechtfertigten Eingriff bezwecke:

»Ce que l'art. 4 C. F. exige, c'est seulement que, d'une part, les changements apportés se justifient réellement par des considérations d'intérêt public et, d'autre part, qu'ils ne lèsent pas outre mesure les intérêts légitimes des fonctionnaires.«

Andererseits ermittelt das Bger. auch die öffentlichen Interessen des Staates. Genf befand sich zu der Zeit in einer enorm kritischen finanziellen Lage. Eine der Sparmaßnahmen war die Herabsetzung der Beamtenzahl durch die Einführung der Altersgrenze. Das Bger. streift zwar den problematischen Wert einer solchen Maßnahme, ist aber an die tatsächliche Feststellung der Zweckmäßigkeit durch die kantonalen Behörden gebunden. Trotz dieser Unbestimmtheit des öffentlichen Interesses kann das Bger. den Eingriff als gerechtfertigt betrachten, denn im Hinblick auf das gewählte Mittel er-

1 Vgl. auch Fleiner-Giacometti, S. 659.

2 So BGE 24 I 45.

scheint der Zweck, gemessen am objektiven Maßstab des schweizerischen Rechtsstaates, doch noch zulässig³.

Das Gericht führt aber aus:

»Quant à l'étendue des sacrifices imposés aux recourants, il est hors de doute que l'Etat doit avoir égard aux intérêts matériels des fonctionnaires qui sont entrés à son service notamment en raison des avantages de la sécurité qu'ils y trouvaient.«

Die Uebergangszeit betrug denn auch zwei Jahre und den durch die Maßnahme Betroffenen wurde vom Staat eine Pension in der Höhe von 60—70% des Lohnes zugesprochen. Durch solche Anordnungen wird der Eingriff weniger fühlbar und schwer und damit umso eher verhältnismäßig. Mit der Feststellung, daß es Aufgabe des Kantons sei, trotz des zulässigen Eingriffs die eventuell entstehenden individuellen Härtefälle durch Maßnahmen zu mildern, schließt dieses Musterbeispiel einer Wertung im Sinne des Grundsatzes der Nichtrückwirkung. An diesem Urteil wird klar, daß das Bger. den Grundsatz zwar immer noch in der veralteten Bedeutung eines absoluten Verbotes der Rückwirkung auffaßt, und daß es andererseits die Gesichtspunkte, welche der hier vertretene Grundsatz beobachtet wissen will, berücksichtigt. Wie bereits festgestellt, ist in einem solchen Falle der Begriff des Grundsatzes der »Nichtrückwirkung« nicht notwendig. Seine Zweckmäßigkeit und seine Notwendigkeit ergibt sich allein aus der schon vielfach erkannten Tatsache, daß das Bger. und andere Rechtsanwendungsbehörden die Interessenabwägung nicht immer so vollständig vornehmen, wie es eigentlich anlässlich jeder Rechtsänderung nötig wäre. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung will mit anderen Worten den Rechtsanwender im weitesten Sinne zwingen, eine umfassende Wertung nach den wichtigsten Gesichtspunkten und anhand des der Rechtsordnung immanenten Wertsystems vorzunehmen.

B.

Gewisse Meinungsverschiedenheiten und Interessenkollisionen verursachte offensichtlich in den Zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts die Einführung von Nichtwiederwählbarkeitsvorschriften in einzelnen Gemeindereglementen des Kantons Bern⁴.

3 Es existierte nämlich ein weiteres öffentliches Interesse, vgl. ZBl 1924, S. 117:

»Wo dieses System der Anstellung auf Lebensdauer besteht, ist die Festsetzung einer Altersgrenze im Interesse der Schule eine absolute Notwendigkeit, speziell beim höheren Lehramt.«

4 z.B. MBVR 1922 Nr. 126, 1923 Nr. 103, 1924 Nr. 78.

Die Praxis des Berner Regierungsrates stützte sich dabei wohl auf einen Aufsatz von E. Blumenstein in **MBVR 1921 S. 433 ff**⁵. Da nur seine Ausführungen die genannte Praxis ins richtige Licht stellen, sollen nur sie näher diskutiert werden.

Es handelte sich dabei kurz um die Frage, ob die unter dem alten Reglement absolvierten Amtsdauern in die Berechnung des neuen Wiederwählbarkeitsverbotes nach einer gewissen Anzahl Amtsdauern einbezogen werden dürften. Es lag also eine »Rückwirkung« im weitesten Sinne des Wortes vor, wenn an diese bereits vergangenen Tatbestände neue Folgen geknüpft wurden. — Die Praxis kam mit Blumenstein zum Schluß, daß die rückwirkende Berechnung prinzipiell zulässig sei, denn es lägen keine wohlerworbenen Rechte vor, und der Grundsatz sei nicht in erster Linie gegen die Beamten gerichtet, sondern erfülle öffentliche Interessen. In **Parallele**⁶ zu **Schlußtitel ZGB Art. 2**⁷ besitzen um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Vorschriften rückwirkende Kraft. So wurde die Einschränkung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, wie sie **Fleiner**⁸ geprägt hatte, aufgefaßt.

Welche Lösung ergibt nun der richtig verstandene Grundsatz der Nichtrückwirkung?

Das öffentliche Interesse, der Zweck dieser Bestimmungen besteht unstreitbar zunächst nicht in der Beschränkung der passiven Wahlfähigkeit, sondern in der Stärkung des demokratischen Gedankens in der Organisation des Staates. Doch kann diesem öffentlichen Interesse bei den fraglichen Gemeindereglementen nicht die gleiche Intensität zuerkannt werden, wie sie bei der im Berner Gemeindegesetz für einzelne Aemter speziell angeordneten Wiederwählbarkeitsbeschränkung anzunehmen ist. Das Gesetz bringt das selbst zum Ausdruck, indem es eine solche Beschränkung für die Gemeindereglemente bloß fakultativ vorsieht. Aus diesem offensichtlich als nicht unbedingt dringlich erachteten öffentlichen Interesse folgt nun richtigerweise nicht einfach die Rückwirkung im genannten Sinn. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung verlangt nämlich die billige Berücksichtigung jedes, auch nicht rechtlich direkt geschützten Einzelinteresses. Nicht nur die rechtlichen, sondern eben

5 »Zur Frage der rückwirkenden Kraft von Reglements Vorschriften gemäß Art. 26, Abs. 3 des Gemeindegesetzes.«

6 denn analog anwendbar ist das intertemporale Recht des ZGB nicht, vgl. z.B. **BGE 41 II 413**, **Giesker-Zeller**, S. 29 f.

7 so auch in den Ausführungen **Blumenstein's** in **MBVR 1938**, S. 280.

8 **Institutionen**, S. 88 ff.

auch die »faktischen« Auswirkungen eines Rechtssatzes sind zu berücksichtigen⁹. Hier handelt es sich wohl um schützenswerte faktische Interessen¹⁰, denn der Beamte besitzt in der Regel kein Recht auf Wiederwahl.

Dem im Einzelfall eminenten, aber wenig begründeten Einzelinteresse steht somit ein relativ geringes öffentliches Interesse gegenüber. Das öffentliche Interesse kann dabei im Verlaufe der Wertung auch das Uebergewicht erhalten, z.B. durch Berücksichtigung der Länge der Amtsdauern und die Anzahl der möglichen Amtsdauern¹¹.

Diese Wertung ist natürlich in erster Linie Aufgabe des Normgebers. Wenn jedoch das Reglement nichts über die Rückwirkung aussagt, so hat der unterstufige Rechtsanwender diese Abwägung vorzunehmen, wobei er aber nicht von der umgekehrten Vermutung der Rückwirkung des öffentlichen Rechts ausgehen darf, wie das Blumenstein unbewußt tut¹². Er darf sich eben nicht beirren lassen durch die vorliegende, relativ häufige Entkräftbarkeit der Vermutung, denn die diskutierte Interessenlage erlaubt es nicht, eine andere als die allgemein rechtsstaatliche, freiheitliche Vermutung der Nichtrückwirkung als Ausgangspunkt der Wertung zu wählen.

VII. Das Konzessionsverhältnis

A.

Als letzte Rechtsfrage, die meist in Verbindung mit dem Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte gelöst wird, soll hier noch die Stellung des Konzessionärs im Hinblick auf die Veränderung der Rechtsordnung untersucht werden.

Wie das mehrfach erörterte Beamtenverhältnis erschien die Konzession ursprünglich als privatrechtliches Vertragsverhältnis. Schon früh wurde jedoch sein Begründungsakt als öffentlich-rechtlicher Akt konzipiert¹. Andererseits taxierte man die pekuniären Rechte der Konzessionäre wegen der behaupteten Identität von Privat- und

⁹ BGE 73 I 219, 52 I 289.

¹⁰ dazu VEB 4, Nr. 21, Im-Hof, S. 402a f, Fleiner-Giacometti, S. 665.

¹¹ E. Blumenstein: MBVR 1921, S. 433 ff.

¹² MBVR 1921, S. 433 ff (aber auch MBVR 1938, S. 273 ff). Blumenstein stützte sich allerdings damals noch auf die nun überholte bundesgerichtliche Praxis: 26 I Nr. 12, wo das Prinzip der Nichtrückwirkung für das öffentliche Recht abgelehnt wurde.

¹³ z.B. BGE 8, S. 359.

Vermögensrecht als wohlerworbene Privatrechte, dies bis in die neueste Zeit hinein².

Als Konzession wird heute ein öffentlichrechtliches Verhältnis bezeichnet, das durch einen öffentlichrechtlichen Verleihungsakt des Staates entsteht. Inhalt dieses Rechtsvorganges ist die Uebertragung a) eines Rechtes zur Ausübung einer allgemein dem Staate vorbehaltenen Tätigkeit, oder b) eines Sondernutzungsrechtes an einer öffentlichen Sache³. Das bedeutet also, daß durch besondern Akt ein spezielles Recht verliehen wird, das der Einzelne bis anhin nicht besessen hat.

B.

Da der Einzelne selbstverständlich ein solches Recht nur gegen entsprechende Gegenleistungen erhält, haben die Konzessionäre ein großes und berechtigtes Interesse an der Konstanz des Rechtsverhältnisses. Jede Abänderung der rechtlichen Stellung würde die legitimierten Interessen des Konzessionärs stark beeinträchtigen und sogar stoßend wirken, wenn nur die Rechte, aber nicht die Verpflichtungen des Konzessionärs vermindert würden⁴. Burckhardt sieht in einem solchen Vorgehen eine Rechtsungleichheit, weil dadurch ohne Entschädigung nur die Inhaber solcher Rechte betroffen würden, nicht aber die Inhaber von Privatrechten⁵. Die Konzessionäre haben im Hinblick auf den »zu erwerbenden Gewinn« andere private Rechte oder Aussichten« im Vertrauen auf die staatliche Gewährleistung gepopt⁶.

Ein solcher Versuch, den Privaten ohne Entschädigung die Konzession zu entziehen, liegt dem **BGE 74 I 470** zugrunde. Das Bger. hat jedoch die diesbezügliche Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig erklärt, da sie gegen die Eigentumsgarantie verstoße. Es sah in dem Entzug der Konzession eine materielle Expropriation, die nur bei Vorhandensein eines öffentlichen Interesses und gegen Entschädigung erfolgen könne⁷. Das Bger. zeigt in diesem Entscheid nicht nur die eminenten berechtigten Interessen der Konzessio-

2 dazu O. Mayer, II, S. 185, 445 ff,

Giacometti: Grenzziehung, S. 22 ff,

Seiler Osk.: Ueber die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession nach schweizerischem Recht, ZH Diss. 1888, S. 14—53.

3 Fleiner: Institutionen, S. 341 ff, S. 380 f.

4 Vgl. Burckhardt: Organisation, S. 108 ff.

5 S. 111 des soeben genannten Werkes.

6 Organisation, S. 110.

7 S. 472 f.

näre auf, sondern beweist auch den vorläufigen Mangel an einem wirklichen öffentlichen Interesse. Denn der Kanton Waadt hatte diese Gesetzesbestimmung nur aufgestellt, um sich freie Hand für eine noch gar nicht bestimmte neue Regelung zu schaffen. Aus rein fiskalischen oder wirtschaftlichen Gründen⁸ dürfte er diese Konzessionen sowieso nicht aufheben, und andere Gründe sind dem Bger. vorläufig nicht bekannt⁹.

Bei Bestehen eines gewissen öffentlichen Interesses hätte die Rechtsänderung wohl ohne Anstoß durchgeführt werden können, wenn zugleich der entstehende Nachteil durch eine Entschädigung ausgeglichen worden wäre¹⁰. — Wie bereits kurz angetönt, ist eine Wertung der Interessenlage durch eine Entschädigung beeinflussbar. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung als freiheitliches Prinzip der Wertung von individuellen und öffentlichen Interessen bezweckt bei der Aenderung des Rechts in erster Linie den Schutz der Individualinteressen. Dieser kann jedoch auch gegen Entschädigung der geldwerten Einzelinteressen erreicht werden. Ein öffentliches Interesse, das zwar nicht sehr dringend ist, aber angesichts des gewichtigeren Privatinteresses nicht durchsetzbar wäre, kann über das Hintertürchen der Entschädigung doch noch seine Verwirklichung finden. Die Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs, der Rückwirkung, beurteilt sich eben nicht nur nach der Stärke der vorhandenen Interessen, sondern auch nach den auf beiden Seiten eventuell entstehenden Schäden. Solche können unter Umständen aber durch eine Entschädigung gemildert oder beseitigt werden. Die Entschädigung erfüllt somit nicht nur die der Eigentumsgarantie analoge Funktion der Wahrung der Vermögenssubstanz im öffentlichen Recht, sondern ist zugleich ein Hilfsmittel, um einen Eingriff eher verhältnismäßig zu machen¹¹.

Durch die Abwägung der bereits zitierten Wertlage kommt das Bger. zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der angeführten Gesetzesbestimmung. Damit hat das höchste Landesgericht erneut bewiesen, daß es den Grundsatz der »Nichtrückwirkung« zwar formell ablehnt¹², weil es ihn mißversteht, materiell aber doch anwendet. Es operiert nicht nur mit der subjektiven Formulierung des

8 BGE 47 I 252.

9 74 I 473 f.

10 Bei der Entschädigung treffen sich also der Grundsatz und die Eigentums-garantie. Dies gilt allerdings nur, wo eigentliche Privatrechte im Spiele stehen, so BGE 50 I 75, vgl. aber Imboden: Tragweite, S. 272 f besonders 273.

11 a.M. Holzach, S. 102 ff, gl.M. Sprecher, S. 118 ff und His, S. 39 ff.

12 BGE 74 I 469 f.

Grundsatzes der Nichtrückwirkung, den wohlerworbenen Rechten, sondern wie die Analyse zeigt, wägt es alle Interessen bezüglich Berechtigung und Intensität aber auch die Nachteile gegeneinander ab und fällt so ganz nach dem Vorbild unseres Prinzips den Entscheid¹³.

C.

Eine sehr wichtige, im Konzessionsverhältnis oft anzutreffende Bestimmung ist die Regelung der Steuerpflicht der Konzessionäre. Im Hinblick auf die finanzielle Lage der Konzessionäre, aber auch angesichts der zu erbringenden Leistungen kommt einem solchen Steuerabkommen innerhalb der Konzessionsabmachungen eine Vorrangstellung zu. Es gibt Fälle, wo ohne eine gewisse Steuererleichterung eine Konzession, resp. z.B. ein Werk nicht zustande gekommen wäre¹⁴. Die Steuerpauschale ist dann »conditio sine qua non«¹⁵ des Werkes. Vom Grundsatz der Nichtrückwirkung aus gesehen müßte daher die Aenderung eines so wichtigen Bestandteiles der gegenseitigen Verpflichtungen (im Sinne der einseitigen Aufhebung der staatlichen Zugeständnisse), die nur aus fiskalischen Interessen erfolgen würde, unzulässig erscheinen. Dies ist auch die Ansicht des Bger.¹⁶ Die Steuerpauschale hat eben für den Konzessionär nur dann einen wirklichen Wert, bedeutet nur in dem Fall eine effektive Gegenleistung des Staates, wenn der Private auf die Unabänderbarkeit der steuerlichen Taxierung des zu bauenden Werkes rechnen durfte. Ein solches Vertrauen ist berechtigter im Bezug auf periodisch zu entrichtende Steuern. An sie mußten beide Parteien bei Abschluß der Steuerpauschalen in erster Linie gedacht haben.

Vom Grundsatz der Nichtrückwirkung, d.h. der allgemeinen Wegleitung der Wertung aus, könnte in Bezug auf außergewöhnliche Steuererhebungen die Lösung natürlich nicht allgemeingültig erteilt werden. Ein solches Steuerprivileg ist auf alle Fälle nicht unbedingt als unumstößliches Recht zu betrachten. Es sind wohl Wertlagen denkbar, deren Abwägung die Zulässigkeit eines Eingriffes in das Recht des Konzessionärs ergeben müßte. Das wäre dann der Fall, wenn dem sicher berechtigten Interesse des Konzessionärs ein allgewaltiges öffentliches Interesse gegenüberstände, z.B. bei der Er-

13 Analog hat die Praxis auch schon früher entschieden, doch war die Begründung eine andere. Man betrachtete nämlich die fraglichen Rechte als Privatrechte, vgl. z.B. BGE 7, 582, 31 II 858 f, VJS 1901, I, Nr. 51.

14 z.B. ZBl. 1936, S. 16 ff, ZBl. 1940, S. 49 f.

15 ZBl. 1940, S. 49.

16 siehe N. 15.

hebung einer Steuer zur Erhaltung der bedrohten Freiheit unseres Landes¹⁷.

D.

Wie das Bger. eine Wertung in die Auslegung von Gesetzesvorschriften ganz im Sinne des Grundsatzes der Nichtrückwirkung hineinlegt, ist gut am Beispiel des Entscheides **49 I 538 E. 3** ersichtlich. Es fragt sich dort, ob die Rückwirkungsbestimmung des eidg. WRG, Art. 74, den Art. 58 Abs. 1 und 2 umfasse, (wo die Konzessionsdauer auf 80 Jahre festgesetzt ist). Das Gericht stellt zunächst die Wertlage fest: Dabei findet es ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse des Konzessionärs auf Aufrechterhaltung der unter dem alten Recht festgesetzten Konzessionsdauer¹⁸. Mit der Länge der Konzessionsdauer stehen ja die natürlich gleichbleibenden Verpflichtungen des Konzessionärs wie Stromlieferungen, Wasserrechtszinshöhe, etc. in unmittelbarem Zusammenhang¹⁹. Andererseits können keine dringlichen Interessen an der Beschränkung der unter altem Recht bestimmten Konzessionsdauern nachgewiesen werden²⁰.

Die so ermittelte Wertlage spricht eindeutig für die Nichtrückwirkung des Art. 58, denn die berechtigten privaten Interessen überwiegen die öffentlichen Interessen. Aber damit ist der Fall noch nicht erledigt. Es fragt sich noch, welche Entscheidung nun der Gesetzgeber getroffen hat. Er sollte eigentlich zum gleichen Resultat gelangen, aber das ist nicht selbstverständlich. Der Bundesgesetzgeber ist ja dank BV 113 Abs. 3 praktisch nicht an die BV gebunden. Es stünde daher dem Normgeber rechtlich gewissermaßen frei, eine der generellen Sachlage widersprechende Entscheidung zu treffen. Entsprechend dem Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit des Vorgehens aller Rechtsstaatsorgane hat die Interpretation eines solchen Bundesgesetzes aber immer von der Vermutung aus zu gehen, daß der Normgeber die verfassungsmäßige, die den Freiheitsrechten adäquate Lösung habe treffen wollen. Damit sich ein verfassungswidriger Sinn aus dem Gesetz ergibt, bedarf es daher der besonderen Statuierung. Da im vorliegenden Sachverhalt nun der Art. 74 WRG unbestimmt lautet²¹ und keine der Eigentumsgarantie ent-

17 Vgl. weitere Fälle der Beurteilung von Rechten der Konzessionäre: BGE 35 I 725 ff, 48 I 197 ff, besonders 206 ff, 48 I 601 f, 57 I 325 ff, besonders 334 ff.

18 So der Kommentator Burckhardt in der ZSR n. F. 36, S. 319 f.

19 S. 584.

20 S. 585.

21 S. 585.

sprechende Entschädigung angeordnet ist, muß die Ausnahme des Art. 58 Abs. 1 von der Rückwirkung gemäß Art. 74 gefolgert werden²². Auch in diesem praktischen Fall ist somit die dem Grundsatz entsprechende Lösung getroffen worden.

VIII. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen

Wenn man dem dem Prinzip der Nichtrückwirkung immanenten Gedanken des möglichst guten Schutzes des Einzelnen vor Eingriffen des Staates entsprechend die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen und Enteignungen¹ erörtern wollte, so wäre jeder derartige Eingriff unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu betrachten. Die diesbezüglichen Urteile sind jedoch so vielfältig, daß sie hier nicht umfassend berücksichtigt werden können.

A.

Die Durchsicht der Praxis zeitigt das Resultat, wie es schon Oberle² gefunden hat, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung, resp. der Verhältnismäßigkeit, der Ausdruck des freiheitlichen Rechtsideales unseres Staates, nur in beschränktem Umfange angewandt wird. Dies hängt mit dem bereits gestreiften **Kompromißcharakter³ der bger. Praxis zu BV 4⁴** zusammen. Die Zurückhaltung äußert sich konkret wie folgt: Nur die offensichtliche Verletzung des Rechtes⁵ stellt einen Verstoß gegen BV 4 dar. Mit anderen Worten

22 Dieses Vorhaben entspricht ganz der Forderung Burckhardt's in: Methode, S. 284 f: »Wer das Gesetz auslegt, . . . , muß den bewertenden Gedanken des Gesetzgebers noch einmal und zu Ende denken.«

1 Vgl. über die Bedeutung der Eigentumsgarantie Kirchhofer: ZSR 58, S. 139 ff, Imboden: Tragweite, S. 269 ff, 293 ff, Holzach, S. 19 ff resp. 121 f. 2 § 9.

3 Burckhardt: Kommentar, S. 34.

4 Das ist in den bisher erörterten Rechtsfragen weniger zum Ausdruck gekommen, weil das Bger. im Gegensatz zur Theorie (Burckhardt: Organisation, S. 109 ff, Imboden: Tragweite, S. 297) die Berufung auf die Eigentumsgarantie in öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen nicht zuläßt (50 I 69, 50 I 157, neuestens aber 70 I 21 f). So wünschenswert sonst die Aufgabe dieser Differenzierung wäre (Imboden: Tragweite, S. 297), so sehr kann sie vom Standpunkt des Grundsatzes aus begrüßt werden. Oft kommt in obigen Rechtsfragen nicht das »beschränkte« Gerechtigkeitsideal, wie es die Praxis von BV 4 entwickelt hat, zur Anwendung, sondern das umfassendere rechtsstaatliche Gerechtigkeitsideal (vgl. Fleiner-Giacometti, 407 ff, Nef: Gleichheit, S. 69 ff), wie es im Grundsatz der Nichtrückwirkung formuliert ist. a.M. Holzach, S. 122 f.

5 z.B. BGE 38 I 372 f, 61 I 92 f. Dazu Imboden: Willkür, S. 9 ff, Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 54, Fleiner-Giacometti, S. 411 ff.

erscheint lediglich ein qualifizierter Verstoß gegen die Gerechtigkeit als Willkür im Sinne von BV 4⁶. Willkür liegt — konkret gesprochen — nur dann vor, wenn sich das rückwirkende Gesetz punkto Rückwirkung nicht auf »sachliche Gründe« stützen läßt⁷, kein »vernünftiger« Grund ersichtlich ist⁸, offensichtlich ungerecht, sinn- und zwecklos ist⁹.

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt somit bei der Anwendung von BV 4 nur in diesem beschränkten Rahmen. Man kann sich allerdings fragen, ob angesichts der immer fortschreitenden Interventionstendenz des Staates und der damit verbundenen zunehmenden Wahrscheinlichkeit der Gefährdung und Verletzung des Gerechtigkeitsideals der BV nicht die Praxis des Bger. zu BV 4 differenzierter gestaltet werden sollte, d.h. auch in der Praxis zu BV 4 der Grundsatz der Nichtrückwirkung, resp. der Verhältnismäßigkeit voll und ganz zur Anwendung gebracht werden sollte. Sind nicht die in Frage stehenden Interessen an der Aufrechterhaltung der freiheitlichen Staatsordnung größer und schutzwürdiger als die um jeden Preis gewährleistete politische Konzession an die föderalistische Struktur des Landes¹⁰?

Vorläufig allerdings hat man sich mit der Tatsache abzufinden, daß die Praxis des Bger. zur Eigentumsgarantie i. e. S. den Grundsatz nur bei offensichtlich unmotivierter, ungerechter Rückwirkung anwendet. Die Vermutung der Nichtrückwirkung bleibt allerdings bei freiheitlicher Konzipierung des Eigentums bestehen. Der Begriff des Eigentums in diesem Sinne anerkennt die Möglichkeit öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen mit dem Vorbehalt, daß im Zweifel die Vermutung für die Freiheit des Eigentums spricht¹¹.

B.

Von der Theorie sind in Verbindung mit der Praxis drei Grundvoraussetzungen der Zulässigkeit von Eigentumsbeschränkungen

6 Das bringt auch Imboden: Willkür, S. 16 zum Ausdruck: »Die bloße Gesetzesverletzung und ein gesetzespolitisch verfehltes und damit ungerechtes und unzweckmäßiges Gesetz ist nicht in jedem Falle willkürlich.«

7 z.B. BGE 49 I 230.

8 BGE 38 I 372 f.

9 BGE 48 I 268, 65 I 72.

10 Die Verfassung würde einen weitergehenden Schutz nicht hindern, vgl. Fleiner-Giacometti, S. 413 N. 18.

11 Fleiner: Institutionen, S. 131, BGE 44 II 427: »Allein der Grundsatz in dubio pro libertate . . . hat auch für das öffentliche Recht und namentlich dann Geltung zu beanspruchen, wenn dieses in die Privatrechtssphäre eingreift.«

Burckhardt: Organisation, S. 118, BGE 49 I 306.

aufgestellt worden. Der Eingriff darf nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses¹² erfolgen¹³, ferner muß er durch Gesetz statuiert sein, und zudem darf er nicht über eine gewisse Schwere, Intensität resp. Werteinbuße^{14 15} hinausgehen.

Für den Grundsatz der Nichtrückwirkung sind vor allem die erste und dritte Voraussetzung wichtig. Bei der ersten Bedingung wird das **öffentliche Interesse** augenscheinlich nicht so gewertet, wie es der Grundsatz der Nichtrückwirkung verlangen würde. Es braucht bloß ein haltbares öffentliches Interesse vorzuliegen¹⁶. Ist schon der Begriff des öffentlichen Interesses ein Werturteil, so ist es noch in erhöhtem Maße die Entscheidung über die Frage der Haltbarkeit des öffentlichen Interesses. Das Bger. ist aber mit dieser Elastizität noch nicht zufrieden. Seiner Meinung nach bedarf es als Triebfeder für den Eingriff nicht ausschließlich eines öffentl. Interesses. Es genügt, wenn das Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem »privaten«, fiskalischen Interesse des Staates überwiegt¹⁷. Das Bger. schreitet wirklich nur dann ein, »wenn es klar ist«, daß von öffentlichen Interessen »nicht die Rede sein kann«, insbesondere, wenn das öffentliche Interesse wohl »nur vorgeschoben wird, um die Verfolgung privater Zwecke zu verdecken«¹⁸. Das öffentliche Interesse scheint somit in keinem Verhältnis zum tangierten Rechtsgut zu stehen, wir hätten es also lediglich mit der Beurteilung der Eingriffserlaubnis nach dem bloßen Zweck zu tun. Nur das absolut Unverhältnismäßige erscheint willkürlich, ist unzulässig.

Es darf aber die dritte Voraussetzung, die Beschränkung auf eine gewisse **Intensität** nicht übersehen werden. Sie hat zwar primär nicht die Funktion der Berücksichtigung des privaten Interesses an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands, sie ist vor allem

12 z.B. Imboden: Tragweite, S. 294, Bosshardt: Eigentumsgarantie, S. 119 ff, Holzach, S. 63 ff.

13 Vgl. zum Folgenden: BGE 30 I 332, 60 I 268, 74 I 150, Imboden: Tragweite, S. 293 f, Bosshardt: Eigentumsgarantie, S. 107 ff, Holzach, S. 65 f.

14 Holzach, S. 115 ff.

15 BGE 69 I 241, 74 I 150, Imboden: Tragweite, S. 294.

16 Zum Begriff der »Haltbarkeit« Imboden: Tragweite, S. 294. Leider wird der Begriff aber von der Praxis meist nicht in dem von ihm skizzierten Sinne angewandt. In der Regel wird nämlich ein haltbares öffentliches Interesse nicht erst angenommen, wenn es einigermaßen der Schwere des Eingriffs entspricht, sondern bereits dann, wenn es nur nicht gerade ganz sinn- und zwecklos ist.

17 Praxis 4 Nr. 51, BGE 35 I 448, 57 I 387, vgl. dazu die Kritik von Holzach, S. 64 f.

18 So BGE 57 I 385, 31 I 303, 35 I 451.

Ausfluß der Eigentumsgarantie¹⁹. Wenn diese nicht illusorisch sein soll, muß von einem gewissen Ausmaß der Wertverminderung an ein Ersatz der entzogenen Vermögenssubstanz eintreten. Es wird also primär nicht an die bereits²⁰ angedeutete Kompensierung des geringern öffentlichen Interesses gedacht, sondern die Wahrung der Vermögenssubstanz bezweckt. Die Verhältnismäßigkeit wird aber dort mehr oder weniger gewahrt, wo neben einem relativ geringen öffentlichen Interesse der Eingriff in geldwerte Interessen durch Entschädigung gemildert wird. Je tiefer der Eingriff in die Interessensphäre eindringt, je größere Interessen treten dem Eingriff entgegen. Um nun einen solchen Teileingriff dennoch zu stützen, wird er vom Bger. nicht einfach ungültig erklärt, sondern es wird eine als Ausgleich des geringeren öffentlichen Interesses gedachte Entschädigungspflicht statuiert²¹. Dem Bundesgericht kann angesichts dieses Vorgehens nur noch der Vorwurf gemacht werden, den Punkt, wo das private Interesse das öffentliche Interesse zu überwiegen beginnt, nicht richtig festzustellen. In der für heutige Verhältnisse wohl zu weit gehenden Zurückhaltung schiebt es den Zeitpunkt des Ueberwiegens des privaten Interesses zu weit hinaus, indem es das öffentliche Interesse überbetont.

In einzelnen Fällen wird nicht nur das Ausmaß des öffentlichen Interesses festgestellt²². Es wird die Schutzwürdigkeit der einzelnen Interessen²³, die Natur des privaten Interesses²⁵, die Intensität des Eingriffes²⁵ und andere Momente wie z.B. die Zahl der Betroffenen²⁶ berücksichtigt. Es sind dies Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, resp. Nichtrückwirkung verlangt. Nur braucht sie das Bger. nicht alle zur Bestimmung der Willkürlichkeit, sondern zur eventuellen Bestimmung der Entschädigungspflicht des Staates.

Aus den genannten Tatsachen ergibt sich, daß das Bger. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne des **Verbotes der krasen Unverhältnismäßigkeit** anwendet²⁷.

19 Imboden: Tragweite, S. 296.

20 Vgl. oben S. 115.

21 Nichts anderes sagt W. Jellinek mit seiner von Otto Mayer übernommenen Schutzwürdigkeitstheorie, Verwaltungsrecht, S. 413 ff.

22 AGVE 1948, S. 428, 61 I 232 f, a.M. Holzach, S. 63 Anm. 63: Es geht nur um die Alternative: »Besteht ein öffentliches Interesse oder besteht es nicht.«

23 BGE 55 I 403, dagegen 39 I 139.

24 61 I 225, 70 I 8.

25 69 I 234 gegenüber 60 I 268 ff, 39 I 549.

26 Praxis 1944 Nr. 55, S. 152 und dort zit. Entscheide.

27 Vgl. Oberle § 9.

C.

Entsprechend seinem historisch überlieferten Anwendungsbereich wird der Grundsatz der Nichtrückwirkung bei den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen überall dort angerufen, wo ein Eingriff in ein spezielles Recht vorgenommen wird, z.B. bei ehehaften Tavernenrechten, Fischerei- und Schürfrechten²⁸, oder wo es sich um die Verletzung eines bereits ausgenützten Rechtes handelt. Ein Beispiel für letztere Kategorie ist der Fragenkomplex des **Baurechts**: Können neue Bauvorschriften auf alte oder schwebende Rechtsverhältnisse, d.h. auf

- a) pendente Gesuche um eine Baubewilligung, oder
- b) erteilte, aber noch nicht ausgenutzte Baubewilligungen, oder
- c) bereits erstellte Bauten angewendet werden. Fälle solcher extremer Rückwirkungen finden sich angegeben bei Fleiner: Institutionen, S. 89, Anm. 79.

Uebereinstimmend wird in der Verwaltungsrechtslehre und Praxis eine Rückwirkung im Sinne der Anwendbarkeit der neuen Bauvorschriften auf bereits erstellte Häuser nur bei dringendem öffentlichem Interesse und nur unter Berücksichtigung des Gegeninteresses der Betroffenen zulässig erklärt²⁹. Dagegen wird allgemein von der deutschen Verwaltungsrechtslehre angenommen, daß die neuen Vorschriften auf schwebende Baubewilligungsgesuche anwendbar seien³⁰. Diesen Standpunkt nimmt auch das Bundesgericht ein³¹, indem es die Anwendung neuen Rechtes auf Baugesuche nicht als Rückwirkung taxiert³². Das folge aus der Natur der Baubewilligung; denn sie ist bekanntlich kein Rechtsverleihungsakt, sondern eine bloße Polizeierlaubnis³³. Diese stellt lediglich fest, daß zur Zeit der Untersuchung das vorliegende Projekt den bestehenden Vorschriften des öffentlichen Rechts nicht widerspricht. Da zudem nach allge-

28 über ehehafte Tavernenrechte z.B.: Curti, I, Nr. 1522 und 1556, BGE 15, 184 ff, 15, 555; Praxis 2 Nr. 117; betreffend Fischereigerechtigkeiten: BIZR 1 Nr. 169; Praxis 5 Nr. 157. Ehehafte Wasserrechte: VJS III Nr. 121, BGE 48, I, Nr. 63. Schürfrechte: BGE 44 I Nr. 26 besonders S. 172.

29 Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 135 f. BGE in ZBl. 36, S. 305, AGVE 1948, S. 456 f.

30 implizite Fleiner: Institutionen, S. 89 f, Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 136, Hatschek, S. 58 ff.

31 Bger. i. S. Göttschi gegen Obwalden am 7. 7. 1933, E 2, ZBl. 1935, S. 306, früher auch der zürcherische Regierungsrat ZBl. 1914, S. 113, RRB 1913 Nr. 476, 1032, 1146/7.

32 siehe ZBl. 1935, S. 306.

33 Fleiner: Institutionen, S. 406.

mein herrschender Auffassung die Baubewilligung bis zum Beginn des Baues widerrufen wäre³⁴, erscheint es logisch, daß das Recht zur Zeit der Entscheidung, nicht dasjenige zur Zeit der Einreichung des Gesuches angewandt wird³⁵.

Dieser gefestigten Praxis widersetzte sich der Zürcher Regierungsrat³⁶. Nachdem er sich von der Analogie zu ZGB Schl. Tit. Art. 2 und 3 gelöst hatte, schritt er zur Anerkennung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung im Verwaltungsrecht. Die Vermutung der Nichtrückwirkung dürfte nach seiner Ansicht nur durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift oder durch den sich aus dem gesamten Zusammenhang des neuen Rechts ergebenden Willen und Zweck des Gesetzes umgestoßen werden. Im Gegensatz zur herrschenden Verwaltungsrechtslehre betrachtete der Regierungsrat auch die Entscheidung des pendenten Baugesuches nach neuem Recht als Rückwirkung. Vor allem aber sollten bereits erteilte Bewilligungen nur bei überwiegenden Nachteilen für das öffentliche Interesse wieder entzogen werden können^{37 38}.

Im Falle von ZBl. 36, S. 303 ff resp. RBRR 1934, Nr. 24, bestimmte nun der Zürcher Regierungsrat, daß durch die neuen Bauvorschriften die Vermutung der Nichtrückwirkung nicht umgestoßen worden sei. Die Behörde verweist dabei auf ihre Beschlüsse Nrn. 347 und 419 aus dem Jahre 1934. Diesen Entscheidungen lagen dringende sanitätspolizeiliche Interessen zugrunde³⁹:

»Dabei kam der Regierungsrat zum Schluß, daß denselben deshalb rückwirkende Kraft zuerkannt werden müsse, weil sonst die Tätigkeit der sie handhabenden Behörden gerade dort unterbunden würde, wo ihre Anwendung von größter Bedeutung ist, wo es sich nämlich um die Behebung gesundheitswidriger Verhältnisse handelt, die ihren Ursprung in der Vergangenheit haben.«

Diese Schlußfolgerungen dürfen aber nach Ansicht des Regierungsrates nicht ohne weiteres auf andere Situationen angewandt werden. Gerade in ZBl. 36, S. 303 ff würden sie dazu führen, daß »mit der Abänderung der Bauordnung der Gemeinde sämtliche den neuen Vorschriften nicht mehr entsprechenden Bauten denselben angepaßt werden müßten und nicht nur die in der Uebergangs-

34 Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 136.

35 Nach MBVR 1907 Nr. 94 und 95 erscheinen die rechtskräftigen, aber noch nicht ausgeführten Baubewilligungen bei Erlass eines neuen, ihnen widersprechenden Gesetzes, als hinfällig. Ferner ZBl. 1935, S. 305 f.

36 RRB 1929 Nr. 1690 und 2696 und RBRR 1934 Nr. 24.

37 ZBl. 1935 S. 304 und 306. Wohl auch Jebens, S. 271.

38 a.M. MBVR 1907 Nr. 94 und 95.

39 Vgl. zum Folgenden: ZBl. 36, S. 304.

zeit vorliegenden Bauprojekte«, was nicht einmal die Verteidiger der Rückwirkung auf bestehende Baugesuche anstrebten.

Das gegen diesen Entscheid angerufene Bger. führte aus, daß es zwar die Auffassung der Zürcher Regierung nicht teile, deren Standpunkt jedoch ein wirklich haltbarer sei und durch sachliche Gründe vertreten werde ⁴⁰.

Vom Grundsatz der »Nichtrückwirkung« resp. der Verhältnismäßigkeit aus ist diese Zürcher Praxis zu begrüßen; denn sie ist der Ausdruck einer freiheitlichen Konzeption des Eigentums ^{40a} und berücksichtigt in der Beurteilung der Situation die öffentlichen wie die privaten Interessen in gleicher Weise. Wie die zit. Entscheide 347 und 419 zeigen, ist zwar der Standpunkt der Zürcher Regierung deswegen kein extrem freiheitlicher. Sie verlangt aber richtigerweise auch für die geringste Rückwirkung ein am schweizerischen Gerechtigkeits- und Freiheitsideal gemessenes überwiegendes öffentliches Interesse.

D.

Der Kanton Zürich gibt aber auch in einem anderen Beispiel Zeugnis von einer freiheitlichen Rechtsauffassung, nämlich in **BIZR 38, Nr. 158**. Fraglich war dort, ob die rückwirkend neu verlangte öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung für subventionierte Wohnbauten im konkreten Fall auch anwendbar sein müsse: Da dabei der Rückwirkungsparagraph 8 wie folgt lautet:

»§ 5 findet auch auf bisher mit Unterstützung des Staates und der Gemeinden erstellte Gebäude Anwendung, doch dürfen die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen gegen den Willen des Eigentümers nicht über die vertraglichen Bestimmungen hinausgehen.«

kam es darauf an, wie die Schwere der Rückwirkung einerseits und die Bedeutung der vertraglichen Abmachungen andererseits bewertet wurden.

Das Gericht geht bei der Beurteilung von der Annahme aus, daß der Gesetzgeber diese Rückwirkung zu Recht anordnen kann, aber entschädigungspflichtig wird, wenn er dabei in wohlerworbene Rechte eingreift. Die Auslegung der — hier zu Recht bestehenden — Rückwirkungsbestimmung will es als eine Ausnahmebestimmung restriktiv interpretieren ⁴¹. Bevor es an die eigentliche Auslegung des rückwirkend erklärten Art. 5 geht, legt es den Umfang der Eigentumsgarantie fest:

40 ZBl. 36, S. 305 f.

40a Vgl. oben S. 119 und Anm. 11.

41 S. 378.

»Er (der Rechtsgrundsatz des Schutzes wohlerworbener Rechte) sagt, daß in wohlerworbene Rechte eingegriffen und die Eigentumsgarantie verletzt wird durch neue gesetzliche Erlasse nicht nur, wenn dieselben den gegenwärtigen Inhalt der Eigentumsbefugnisse, sondern auch wenn sie deren Auswirkungen in die Zukunft einschränken (42), also nicht nur wenn sie bereits vorhandene Bindungen des gegenwärtigen Eigentümers inhaltlich vermehren, sondern auch wenn sie solche bereits vorhandenen Bindungen ohne Änderung ihres Inhalts mit einer bisher nicht vorhandenen Wirkung in die Zukunft ausstatten.« S. 379.

Im vorliegenden Fall ist nach Ansicht des Gerichts »die Geltung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen an Stelle gleichinhaltlicher bisheriger vertraglicher Bestimmungen ohne Eingriff in die künftigen Auswirkungen des Grundeigentums schlechthin unmöglich«. Unter der Voraussetzung der Beständigkeit ihrer gesetzlichen Verankerung ist die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Gegensatz zu jeder vertraglichen Bestimmung persönlich und zeitlich unbegrenzt. Diese Unveränderlichkeit strebte nun der Gesetzgeber an. Doch wollte er andererseits mit dem im zit. § 8 erwähnten Vorbehalt verhindern, daß die angesetzte Rückwirkung enteignende Eingriffe zur Folge habe⁴³. Dies zeigt sich deutlich aus den Materialien zum Gesetz. Der rückwirkende Artikel hätte nach den Absichten des Gesetzgebers eigentlich lauten sollen: »Für die bereits mit Unterstützung des Staates erstellten Gebäude richtet sich der Inhalt der im Grundbuch anzumerkenden Eigentumsbeschränkung nach den bisherigen Bestimmungen«⁴⁴. Damit wäre eine Anpassung der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung an die bestehenden vertraglichen Bestimmungen im Sinne der Veränderlichkeit möglich gewesen⁴⁵. Da aber das Gesetz selbst diesen Wortlaut nicht gewählt hat und andererseits mit dem Vorbehalt bewirken wollte, daß die Rückwirkung nicht enteignend sein solle, ist dieser Widerspruch, »diese nicht eindeutige Formulierung« im Sinne der Vermutung der geringern Rückwirkung zu lösen. Es ist daher »ausgehend von der Unveränderlichkeit der in den Ausführungsbestimmungen der Stadt inhaltlich umschriebenen und zu Lasten der Liegenschaft des Klägers angemerkten Eigentumsbeschränkung, deren Rückwirkung überhaupt auszuschließen«^{46 47}.

42 Vgl. die Wandlung der Ansichten des gleichen Gerichtes: BlZR 1 Nr. 169.

43 Einen andern Sinn kann der Vorbehalt gar nicht haben, vgl. S. 380.

44 S. 383.

45 S. 383.

46 S. 383.

47 Daß der Gesetzgeber bei seinem ausgedrückten Willen behaftet werden muß, sagt auch klar und deutlich der Entscheid MBVR 1910 Nr. 110.

Dieser Entscheid ist in zweifacher Hinsicht interessant: Erstens bringt er das Prinzip der Nichtrückwirkung in weitest gehendem Maße zur Anwendung. Ein Eingriff liegt somit nicht nur vor, wenn die vergangenen und bestehenden Wirkungen eines altrechtlichen Tatbestandes tangiert werden, sondern auch, wenn seine zukünftigen Wirkungen vom neuen Recht berührt werden. Zweitens ist die Tatsache erwähnenswert, daß das Gericht die Unklarheit und den Widerspruch des Gesetzes durch Anwendung der freiheitlichen Vermutung der Nichtrückwirkung gelöst hat, obwohl es selber erkannt hat, daß dadurch die rückwirkende Gesetzesbestimmung praktisch unanwendbar wird.

IX. Steuerleistungspflichten

A.

In den bisher erörterten Fragenkomplexen war Gelegenheit geboten, immer wieder aufzuzeigen, wie die Theorie der wohlerworbenen Rechte und der Grundsatz der Nichtrückwirkung teilweise Hand in Hand gehen, teilweise aber auch zu sich widersprechenden Resultaten führen. Im Bereiche der öffentlichrechtlichen Leistungspflichten herrscht dagegen nur der Grundsatz der Nichtrückwirkung in seiner objektiven Formulierung. Der Grund hierfür ist nicht etwa in einem qualitativen Unterschied zwischen den erörterten Rechtskonstellationen und der vorliegenden zu suchen, sondern erklärt sich durch die Tatsache, daß hier die Rechtspflichten im Gegensatz zu den Rechtsansprüchen im Vordergrund stehen. Das hat aber keineswegs zur Folge gehabt, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung sich anders entwickelte, als dies im Zusammenhang mit dem Schutze der wohlerworbenen Rechte geschehen ist. Um das Ergebnis der Untersuchung der Praxis vorwegzunehmen, kann festgehalten werden, daß es ein gehöriges Maß an Rückwirkung braucht, bis im allgemeinen die Zulässigkeit verneint wird. Die geradezu sprichwörtliche »Robustheit« des Steuerrechts wirkt sich auf die Anwendung des Grundsatzes in diesem Sinne aus¹.

B.

Das Bger. verließ den in BGE 26 I Nr. 12 vertretenen Standpunkt, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung im öffentlichen Recht

¹ Vgl. aber die dem Grundsatz sehr geneigte Auffassung von E. Blumenstein: Die Grenzen der Rückwirkung des neuen Alkoholgesetzes, Archiv, Band 2, S. 13 ff.

keine Regel mache, im Entscheid **47 I S. 16**. Der Grundsatz ist danach zwar kein positiver Rechtssatz, aber ein allgemein gültiges Postulat an den Gesetzgeber. Nur wenn zugleich eine andere, positive Verfassungsvorschrift, z.B. BV 4, lädiert ist, kann seine Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden².

Das Bger. stellte in diesem Fall zunächst die Interessen- und Wertlage fest. Die Rückwirkung vom 27. 9. 1919 auf den 1. 1. 1919 resp. den 1. 7. 1919 bezweckte die Verhinderung einer Steuerausweichung durch vorzeitige Handänderungen. Diesen öffentlichen Interessen standen relativ wenig schützenswerte Einzelinteressen entgegen. Da das Gesetz nämlich geraume Zeit in Beratung gewesen war, konnten sich die privaten Interessenten frühzeitig vorsehen, d.h. die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der baldigen Einführung der Steuer bei der Handänderung bereits berücksichtigen³. Das Bger. bezeichnete die Rückwirkung angesichts dieser Wertlage als mäßig, als zulässig^{4 5}.

Diese Praxis setzte das Gericht in **BGE 61 I 92 ff** fort. Die Rückwirkung der Basler Steuergesetznovelle vom 25. 10. 1934 auf einen Teil der Steuerveranlagung pro 1933 und 34 wurde ebenfalls als zulässig befunden. In diesem Gesetz wurde der bisher gestattete Abzug von Vermögensverlusten vom Einkommen rückwirkend abgeschafft. Dabei wurden auch die bereits vorgenommenen Veranlagungen nicht verschont, sofern darin Abzüge von mehr als Fr. 2000.— gemacht worden waren.

Das Bger. beschränkte die Ueberprüfung der Frage der Rückwirkung auf das Problem der Zulässigkeit der Revision bereits rechtskräftiger Veranlagungen. Die Untersuchung der öffentlichen Interessen an der Rückwirkung ergab folgendes: Der Kanton hatte zur Gesetzesänderung gegriffen, weil er seit mehreren Jahren mit Defiziten abschloß⁶. Die Börsenstürze in den Jahren 1933/34 hatten zudem die

2 S. 16.

3 S. 17.

4 Doch ist es kaum angängig, aus diesem Entscheid den Schluß zu ziehen, daß das Gericht die Rückwirkung eigentlich mißbillige, wie dies vom Luzerner Regierungsrat in ZBl. 1948 S. 26 getan wird. Das Gericht verweist nicht, wie z.B. in 61 I 92 auf seine Kognitionsbeschränkung, und zudem kann schon die reine Interessenabwägung zur Bejahung der Rückwirkung führen.

5 Aus ähnlichen Erwägungen kam das Gericht in seinem Entscheid vom 8. 5. 1923 (vgl. Lexikon des schweizerischen Steuerrechts von Robert und Ehrensberger, Bern 1932, S. 645) zum Schluß, daß eine Rückwirkung des Genfer Gesetzes vom 5. 8. 1919 auf den 1. 1. 1919 zulässig sei.

6 S. 94.

eigenartige Lage geschaffen, daß wohlhabende Steuerpflichtige trotz hohem Einkommen und großem Vermögen wegen ihren Kapitalverlusten und der damit verbundenen Abzugsberechtigung keinen Rappen Steuern hätten bezahlen müssen⁷. Die Rückwirkung der grösstenteils wegen dieser konkreten Erscheinung erfolgten Normänderung bezeichnete die Basler Regierung als zulässig. Denn es ständen ihr keine speziellen Einzelinteressen entgegen, weil die Rückwirkung alle Interessenten »ziemlich« gleichmässig treffe⁸.

Unter Bezugnahme auf die wegen der prekären Finanzlage in der gleichen Zeit erlassenen und oft gar der Volksabstimmung entzogenen Notverordnungen, sowie das Beispiel der rückwirkenden Inkraftsetzung von Steuergesetzen durch die Bundesbehörden⁹, »akzeptierte« das Bger. das kritisierte Gesetz samt der angefochtenen Rückwirkung. Allerdings gab das Gericht zu erkennen, daß es diese Rückwirkung als gesetzgebungspolitisch verfehlt erachte, indem es zu Beginn seiner Erwägungen darauf hinweist, daß es eben nur bei offensichtlicher Ungerechtigkeit eingreifen könne¹⁰.

Die beschränkte Kognitionsbefugnis in Bezug auf BV 4 ist wohl nicht der einzige Grund, der das Bger. von der teilweisen Aufhebung dieser Rückwirkung abhielt. Das Gericht hat vielmehr offensichtlich¹¹ die damaligen Krisenzeiten und die damit für die Regierung und Legislative verbundenen besondern Schwierigkeiten und Nöte berücksichtigt.

Deshalb gelangt es einerseits zu einer Ueberbetonung des öffentlichen Interesses und berücksichtigt es andererseits den Eingriff in die doch nicht des Schutzes unwürdigen Einzelinteressen praktisch nicht. Es stellt die Finanznot des Kantons dar und schenkt dabei dem Umstand zu wenig Beachtung, daß die Defizitwirtschaft schon vorher bestand. Es geht aber wohl nicht an, daß zum Mittel der Rückwirkung gegriffen wird, wenn man eingesehen hat, daß

7 S. 90 f.

8 S. 96, solche *leges speciales* sind an sich schon ohne Rückwirkungsbestimmung problematisch.

9 Hier werden direkte und indirekte Steuern miteinander in Beziehung gesetzt. Die Rückwirkung ist wohl bei der indirekten Steuer stoßender und störender. Das Steuersubjekt kann meist kaum mehr oder nur mit großen Komplikationen im Wirtschaftsverkehr die übliche Ueberwälzung nachholen (teilweise ist diese sogar gesetzliche Pflicht). So trifft die rückwirkende indirekte Steuer nicht den gewollten Steuerträger, sondern den eigentlich regreßberechtigten Steuerschuldner.

10 S. 92.

11 so S. 95.

man schon längst Maßnahmen zur Behebung der Finanznot hätte ergreifen sollen. Das widerspricht dem Prinzip von Treu und Glauben, welches auch im öffentlichen Recht gilt.

Die vielen Einzelinteressen an korrektem Vorgehen des Staates werden zuwenig berücksichtigt, indem das Gericht die Rückwirkung zu eng faßt. Die Konstruktion ist nicht am Platze, daß die Rückwirkung sich nur auf den 1. 1. 1934 erstrecke, weil die Steuer im Jahre 1934 veranlagt werde und deshalb quasi diesem Jahre angehöre. Das widerspricht nämlich dem Gedanken der Postnumerandosteuerung, die in Basel verwirklicht ist¹². Es wird nicht nur die Steuer nach Tatsachen des Vorjahres bemessen, sondern die Steuer wird nachgenommen, d.h. im Jahre 1934 wurde in Basel die Steuer für das Jahr 1933 fällig. Die Rückwirkung auf eine solch lange Zeitspanne und sogar auf rechtskräftige Verwaltungsakte¹³ erscheint daher derart kraß, daß nur ein überaus dringendes öffentliches Interesse eine solche Maßnahme zu rechtfertigen vermag. Die angeordnete Rückwirkung schafft zwar keine großen Rechtsungleichheiten, aber doch Unbilligkeit und Rechtsunsicherheit, welche nach BGE 47 I S. 18 eigentlich Aufhebungsgründe sein sollten. Nur die Rückwirkung auf die Veranlagung pro 1934 scheint im Rahmen der bisherigen Praxis zulässig zu sein. Die Einzelinteressen sind hier als viel weniger dringend zu taxieren, bedarf es daher andererseits eines geringeren öffentl. Rückwirkungs-Interesses¹⁴. Diese Rückwirkung würde somit nach vorliegender Wertlage auch vor dem Grundsatz der Nichtrückwirkung standhalten.

C.

In vorigem Entscheid wurden noch zweifach Grenzen der Rückwirkung angedeutet. Sie sind seither in der Gerichtspraxis aktuell geworden. Es sind dies die **Rechtsgleichheit** und die **absol. Unverhältnismässigkeit**.

Die Rechtsgleichheit wurde im Entscheid **ZBl. 1948, S. 25 ff** als verletzt betrachtet. Der Luz. Regierungsrat führte dort treffend aus:

»Es ist staatspolitisch nicht richtig, ein Rechtsgeschäft nachträglich zu besteuern, wenn die Vertragsparteien nach der Rechtslage nicht mit der Besteuerung zu rechnen hatten . . . angesichts dieser Lage kann man die rück-

¹² Vgl. BGE 69 I 150 ff, spez. S. 155.

¹³ was auch im Steuerrecht absolut die Ausnahme ist, vgl. Archiv, Band 6, S. 131.

¹⁴ Vgl. die Einsicht der Beschwerdeführer persönlich: S 97.

wirkende Einführung zwar nicht als unzulässig betrachten, sie ist aber grundsätzlich unerfreulich und sollte nicht ohne triftigen Grund beschlossen werden. **Wo die Rückwirkung zu Unköslichkeiten führt, muß sie beanstandet werden.**«

Die urteilende Behörde erkannte aber, daß die Gemeinde Dagmersellen die Wertzuwachssteuer überhaupt nur um der Rückwirkung willen beschlossen hatte. Da jedoch eine Steuer nicht wegen »der zweitrangigen Frage der Rückwirkung« eingeführt werden darf, sondern grundsätzlich zur Steuerart Stellung genommen werden muß, und da durch ein solches Vorgehen der Gemeinde eine krasse Rechtsungleichheit geschaffen werden sollte, hob der Regierungsrat die Rückwirkungsklausel der fraglichen Wertzuwachssteuer-Ordnung auf.

In diesem Entscheid, wie übrigens auch im BGE 47 I 12 ff, schimmert noch ein anderer Gesichtspunkt durch, nämlich, daß die Gemeinden nicht ohne weiteres das Recht haben, rückwirkend Steuerordnungen zu erlassen. Offen ausgesprochen wird diese Beschränkung der Gemeinde-Rechtsetzungsbefugnis im Kanton Zürich in **BIZR 21 Nr. 19**. Während der Regierungsrat in der rückwirkenden Anordnung der Wertzuwachssteuer durch die Gemeinde Wetzikon vom 7. 12. 1919 auf den 16. 3. 1919 keine Rückwirkung erblickte, sprach die ORK der Gemeinde dieses Recht ab, da es sich nicht von selbst verstehe und nicht durch das zürcherische Steuergesetz den Gemeinden zugesprochen werde.

Die in BGE 61 I 92 vor allem betonte zweite Formulierung der Rückwirkungsgrenze im Sinne des Verbotes der absoluten Unverhältnismäßigkeit¹⁵ ist in **ZBl. 1947 S. 18** praktisch geworden. Die rechtsungleiche Behandlung der Privaten hätte nur durch eine Rückwirkung auf alle bestehenden Rechtsverhältnisse beseitigt werden können. »Ohne Zweifel« durfte aber »die vorliegende Reglementsbestimmung nicht als derart bedeutungsvoll für das Gemeinwesen betrachtet werden«, daß die Rückwirkung auch auf bestehende Verhältnisse hätte als zulässig erklärt werden können. Nicht nur für die umfassende Rückwirkung, sondern auch für die von der Gemeinde angeordnete Rückwirkung von 1½ Jahren konnte der Solothurner Regierungsrat keine beachtenswerten öffentlichen Interessen feststellen, sodaß er ganz im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis die Rückwirkungsklausel des Reglements aufheben mußte.

¹⁵ Vgl. oben S. 121 für die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen.

D.

Unbilligkeiten haben sich aus von der Theorie und Praxis vertretenen Ansichten über das Steuerobjekt ergeben¹⁶. Danach ist nämlich bei einem Steuersystem mit postnumerando-Bemessung und praenumerando-Besteuerung das Steuerobjekt das Einkommen der Steuerperiode¹⁷. Diese Konzeption führte im Falle **ZBl. 1947, S. 395 f** zur Erfassung von im Jahre 1943 erzielten, bis anhin nicht steuerbaren Aktien-Nennwerterhöhungen durch das bernische Steuergesetz vom 1. 1. 1945. Das wegen dieser Rückwirkung angerufene Bger. lehnte die Beschwerde ab, weil gar keine Rückwirkung vorliege:

»Von einer rückwirkenden Kraft . . . kann aber in einem solchen Falle nicht gesprochen werden, denn eine solche läge nur vor, wenn die Rechtsfolgen der Steuerpflicht an Tatbestände angeknüpft würden, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen, nicht aber auch dann, wenn lediglich der Umfang der Steuerpflicht nach Tatsachen bestimmt wird, die vor dem Inkrafttreten des Steuergesetzes eingetreten sind.« »Es gilt eben . . . die unzerstörbare Vermutung, daß das Einkommen der Veranlagungsperiode gleich sei dem Einkommen der beiden Vorjahre.«

Soweit die soeben genannte Vermutung nicht angezweifelt wird, ist die Annahme, daß Steuerobjekt das Einkommen der Jahre 1945/46 und nicht dasjenige von 1943/44 sei, in Ordnung. Betrachten wir einmal diese Fiktion der Identität des Einkommens in der Bemessungs- und der Steuerperiode näher, denn durch solche juristische Kniffe wird oft etwas verborgen. Die Bedeutung der unzerstörbaren Vermutung ist ganz klar: Sie soll dem Fiskus eine möglichst rationelle und umfassende Ermittlung des Einkommens erlauben. Der Idealfall einer Einkommensbesteuerung wäre die Erfassung des Einkommens sofort nach seinem Erwerb. Dies ist jedoch bei den hierzulande gebräuchlichen Steuersystemen praktisch nicht möglich. Im Falle Berns wollte man die bisherige postnumerando-Besteuerung aufgeben und durch eine andere Steuererfassungsart ersetzen. Dabei wurden Bemessungsgrundlage und Steuerobjekt getrennt, indem man als Steuerobjekt das Einkommen des Steuerjahres, als Bemessungsgrundlage das Einkommen des Vorjahres-Durchschnitts bezeichnete. Um die nachträgliche Abänderung der auf Grund des Einkommens der Bemessungsperiode vorgenommenen Veranlagung aus rationalen Gründen zu verhindern, wenn das Einkommen der Steuerjahre dem Vorjahres-Durchschnitt nicht entspricht, stellt das berni-

16 in der Theorie vor allem Blumenstein: System, S. 169 ff und M. Hunzinger, Archiv, XV, S. 113 ff.

17 BGE 69 I 155, ZBl. 1947, S. 395 ff.

sche Steuerrecht die Fiktion der Identität der beiden Einkommen auf. Dies vermag aber nicht über die Tatsache hinwegzutäuschen, daß in Wirklichkeit das Einkommen der Bemessungsperiode konstitutives Element der Steuerpflicht, daß es das Steuerobjekt ist. An die dann erzielten Einkommensbestandteile, nicht etwa an die Einkommensfaktoren des Steuerjahres, wird die Steuerpflicht geknüpft. Wie könnte sonst an einen Einkommensbestandteil eine Rechtsfolge geknüpft werden, wenn dieser nachweisbar im Steuerjahr nicht mehr vorhanden ist. Das Einkommen des Steuerjahres könnte wohl einzig dann als wirkliches Steuerobjekt gelten, wenn die auf Grund der Vermutung getroffene Veranlagung bei erheblichen Differenzen der beiden Einkommen nachträglich geändert werden könnte.

Dem ist im vorliegenden Fall nicht so. Somit knüpft das neue Steuergesetz zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich die Folge der Steuerpflicht an einen bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetretenen Tatbestand, was nach bger. Praxis als volle Rückwirkung bezeichnet werden muß^{18 19}. Diese Rückwirkung muß als nichtangängig betrachtet werden, wenn man die vorliegende Interessenlage gemäß dem freiheitlichen Grundsatz der Nichtrückwirkung wertet. Während nämlich vom Gesichtspunkt des Einzelnen aus wegen der mit der Rückwirkung verbundenen Unbilligkeit die Rückwirkung keinesfalls gerechtfertigt erscheint, kann andererseits für die Rückwirkung auf zwei Jahre kein gewichtiges öffentliches Interesse geltend gemacht werden.

Die kantonale Behörde, die im Urteil **AGVE 1947 Nr. 19, S. 142**²⁰ einen gleichartigen Fall zu entscheiden hatte, konnte die Unzulässigkeit einer solchen Rückwirkung nicht verhehlen. Auch sie mußte eine Ausnahme von der implizite ausgesprochenen Rückwirkung machen, soweit sie die unkontinuierlich fließenden Einkommensquellen betraf. Damit gibt das Gericht ein Beispiel für die Gültigkeit des Prinzips der restriktiven Auslegung einer Rückwirkungsanordnung²¹.

18 Vgl. Zitat oben S. 131.

19 dazu die sehr prägnanten Ausführungen zu einer solchen Rückwirkung im in obiger Anmerkung Nr. 1 zit. Art. von E. Blumenstein, S. 13 f.

20 Beachte aber den Unterschied zu BIZR, Nr. 115, Band 30, wo die Rückwirkung sich auf einen bereits besteuerten Kapitalgewinn erstreckt. Die dort für die Rückwirkung angeführten Argumente sind nicht stichhaltig, denn man könnte diese Ungleichheit zwischen der Besteuerung nach dem Vorjahr und dem Vorvorjahr usw. ebenfalls feststellen. Jedoch ist diese Art Rückwirkung üblich, vgl. z.B. MBVR 28, S. 245 ff ORK 1923, Nr. 12.

21 weitere solche Entscheide MBVR 1921, Nr. 46, Nr. 130, MBVR 1930, Nr. 71 und vgl. auch Blumenstein: System, S. 205.

E.

Als weiteres, vor allem vom Gesetzgeber zu beherzigendes Beispiel ist ferner **BGE 74 I 102 ff** anzuführen. Am hier entstehenden unbilligen Resultat, daß eine Firma Wohlfahrtszuwendungen nicht mehr abziehen kann, weil die begünstigte Stiftung nicht schon am Tage des Inkrafttretens des neuen Steuergesetzes (1. Januar 1946), sondern erst vom 15. Februar 1946 an den nunmehr verlangten Sitz im gleichen Kanton wie der Steuerpflichtige hat, ist nicht die Rechtsanwendung allein schuld. Das Gesetz sagt eben lediglich, daß die Stiftung ihren Sitz im Kanton haben müsse. Es wird aber keine neue Uebergangszeit zur Anpassung an die neue Forderung des Gesetzes statuiert, eine Maßnahme, welche die Wirkungen von Rechtsänderungen immer stark mildert. Wie denn das Gesetz überhaupt keine einzige Uebergangsbestimmung getroffen hat. Schade, daß nicht die absolute Vermutung der Nichtrückwirkung besteht, solange das Gesetz sie nicht ausdrücklich zerstört! Das würde den Gesetzgeber zwingen — wenn sein Gesetz rasch wirken soll — sich um die oft so brennenden Uebergangsprobleme zu kümmern²².

F.

Eine Rückwirkung muß als unzulässig qualifiziert werden, soweit sie zur Schaffung der Rechtsgrundlage von bereits vorgenommenen Veranlagungen dienen soll. Dies wurde versucht im Fall **ZBl. 1946, S. 561** und sogar gutgeheißen. Die diesbezügliche Argumentation des Kleinen Rates des Kantons Graubünden ist jedoch unhaltbar. — Einerseits wird nämlich das Vorliegen einer Rückwirkung verneint, indem auf die ungesetzlicherweise bereits nach neuem Gesetz vom Januar 1946 erfolgte Veranlagung pro 1944 im Jahre 1945 verwiesen wird. Rein tatsächlich liegt keine Rückwirkung vor; aber rechtlich gesehen ist die nachträgliche Schaffung der Rechtsgrundlage für die gesetzwidrigen in Verletzung des Prinzips der Trennung der Gewalten erfolgten Veranlagungen doch eine solche. — Andererseits wird die rechtliche aber nicht die tatsächliche Rückwirkung zu rechtfertigen versucht mit der Absicht, die früheren Veranlagungen zu legitimieren. Es liegt somit eigentlich ein Kreisschluß vor. Daß die trotzdem zuerkannte Rückwirkung ein untaugliches Mittel zur Schaffung der Rechtsgrundlage ist, wird klar, wenn man sich die Konsequenzen vor Augen hält, die die allgemeingültige Bejahung der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens haben könnte.

²² vgl. auch die durch das Fehlen solcher Bestimmungen entstandenen weiteren Fälle: **AGVE 1947, S. 48 ff** und **1948, S. 241 ff**.

G.

Wie schon in der Praxis zu den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu zeigen war, zeichnet sich der Kanton Zürich durch seine behutsame Verfolgung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung aus.

Die ORK hatte in den Jahren nach Inkrafttreten des Steuergesetzes von 1917 mehrmals Stellung zu nehmen, inwieweit die neu eingeführte Steuer den realisierten Kapitalgewinn auf Liegenschaften erfasse. Es gelangte dabei zur Auffassung, daß das neue Gesetz nur den seit dem 1. 1. 1916²³ erzielten und realisierten Kapitalgewinn des Privatmannes erfassen wolle²⁴. Diese Beschränkung hielt sie aber gegenüber juristischen Personen nicht aufrecht, zumal das Bger. sie als »freiwilliges Entgegenkommen« bezeichnet hatte²⁵. In der Tat stellt ja das Gesetz für die Begründung der Steuerpflicht nicht schon auf den Tatbestand des Wertzuwachses, sondern erst auf den Tatbestand der Realisierung des Kapitalgewinnes ab. Die ORK hätte daher, wie das Bger. richtigerweise betont — ohne Verletzung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung der Gesetze — die gemachte Ausnahme ablehnen können²⁶²⁷. Das Zürch. Gericht hielt es aber eben für nötig, die vorübergehend stark empfundene Härte, welche durch Einführung der neuen Steuer entstand, zu mildern, indem sie den tatsächlichen Charakter dieser Einkommenssteuer bei den Privaten, nämlich die Bedeutung einer im Zeitpunkt der Realisation erhobenen Wertzuwachssteuer berücksichtigte²⁸.

Dieses Verständnis für intertemporalrechtliche Spannungen tritt auch bei der Praxis zur Steuergesetznovelle von 1928 in Erscheinung²⁹. Dabei wurde die Vergünstigung des § 41 - lit. c auf bereits im Vorjahr eingetretene Tatsachen rückwirkend erklärt. Die Zulässigkeit einer solchen Rückwirkung hätte vom Gericht eigentlich

23 von diesem Datum an berechnete das Gesetz den Umfang der neugeregelten Einkommenssteuerpflicht.

24 vgl. auch BIZR 22 Nr. 191, Analog ZBl. 25, S. 44 und 45.

25 eingehend BIZR 26 Nr. 175, S. 351, ferner BIZR 26, Nr. 173 und 174.

26 Vgl. BIZR. 26 Nr. 175.

27 Aus analogen Gründen konnte bei Einführung der Couponssteuer die Erfassung der Auszahlungen alter Coupons in gewissem Sinne rückwirkend zugelassen werden, weil diese Steuer nicht auf den Zeitpunkt des Gewinnerwerbes oder das zugehörige Geschäftsjahr, sondern nur auf den Verfall abgestellt, vgl. VSA 1922 Nr. 68, 1924 Nr. 25, 1929 Nr. 54, Archiv Band 10, S. 302 ff.

28 Die aner kennenswert freie Rechtsfindung der zürch. ORK kommt auch in ORK 1938 Nr. 1 zum Ausdruck.

29 ZBl. 1931, S. 507, 1932, S. 81 und S. 83.

nicht untersucht werden müssen, denn das Prinzip der Nichtrückwirkung spricht ja grundsätzlich nicht gegen eine Rückwirkung im Sinne eines Entgegenkommens an Einzelinteressen³⁰. Die Anwendung des Grundsatzes im Sinne einer ausnahmslosen, umfassenden Vermutung der Nichtrückwirkung würde in einem solchen Falle der Ratio unseres freiheitlich-individuellen Prinzips widersprechen. Das Gericht hatte daher lediglich zu prüfen, ob das Gesetz diese begünstigende Rückwirkung irgendwie ausspreche. Zu diesem Schluß konnte es aber umso eher gelangen, als es auch die belastende Rückwirkung der Gesetzesnovelle bereits bejaht hatte³¹.

H.

Hin und wieder erscheint eine belastende Rückwirkung einer neuen generellen Norm als absolut geboten, wie die Beispiele Archiv, Band 6, S. 187 und 306 wie auch **VSA 1920, S. 270** beweisen. Ohne eine gewisse Rückwirkung des eidg. Stempelsteuergesetzes vom 4. 10. 1917 würden nämlich die vor seinem Erlaß ausgegebenen Stammanteile und Obligationen von der alle 20 Jahre zu erneuernden Stempelabgabe dauernd befreit. »Il serait crée de ce fait une inégalité juridique flagrante entre les actions émises avant l'entrée en vigueur de la loi et celles émises après cette entrée en vigueur. Un semblable privilège serait nettement contraire au principe de l'universalité de l'impôt et de l'égalité devant la loi«³².

J.

— Nicht so eindeutig dagegen ist die Zulässigkeit einer Rückwirkung, wie sie §§ 77/78 des zürcherischen Steuergesetzes von 1917 vorgesehen haben sollen. Es wurde damals neu das System der Nach- und Strafsteuern eingeführt, wobei für die erstere die in den letzten fünf Jahren hinterzogenen Steuerbeträge nachgefordert wurden und für die letztere die Steuerbetreffnisse der vorgängigen drei Jahre für die Höhe der Strafe einen Einfluß hatten. Es fragt sich nun, ob die Berücksichtigung der vor dem neuen Gesetz straflos und nachsteuerlos hinterzogenen Steuerbeträge möglich sei.

Eine Rückwirkung liegt auf jeden Fall vor. Die Nachsteuer mit ihrer Schadenersatz-Funktion stellt einen öffentlichrechtlichen Steueranspruch dar, der vorher nicht bestanden hat. Die Differenz zwischen dem geschuldeten und dem bezahlten Steuerbetrag wird nach-

30 Vgl. oben S. 90.

31 ZBl. 30, Nr. 115.

32 VSA 1920, S. 270 f.

träglich zum Steuerobjekt der Veranlagung der neuen Steuer³³. Desgleichen bei der Strafsteuer, die nämlich im zürcherischen Steuerrecht nicht nur eine pönale Funktion erfüllt, sondern zusätzlich eine pauschalierte Schadenersatzleistung verlangt. Bei ihrer Festsetzung sind die unter altem Gesetz straflos hinterzogenen Steuerbeträgnisse mitbeteiligt. Zuzugeben ist, daß Nach- und Strafsteueransprüche ihre Initialzündung, die primäre Rechtsfolge von der Hinterziehung unter neuem Recht erhalten. Die Hinterziehungen unter altem Recht sind aber nicht weniger wichtig, indem sie für das Entstehen der Teilansprüche aus den einzelnen zurückliegenden Jahren maßgebend sind. Es kann also wohl nicht behauptet werden, daß die beiden Steueransprüche keine Sanktionen für die alten Hinterziehungen darstellen³⁴.

Die Rückwirkung war aber erstens insofern keine volle, als die in der Zeit vor dem neuen Steuergesetz hinterzogenen Beträge richtigerweise nach dem alten Gesetz errechnet wurden³⁵. Zweitens wurde die Bedeutung der Rückwirkung in entscheidendem Maße reduziert durch Anordnung einer Amnestie bei Einführung des neuen Steuergesetzes. Der Einzelne hatte somit Gelegenheit, die begonnene »Praxis« der Steuerhinterziehung straflos aufzugeben und so dem Risiko der rückwirkenden Nach- und Strafsteuer zu entgehen.

Die Rückwirkung wird so eigentlich aus ähnlichen Gründen zuzugeben sein wie im Falle BGE 50 I 70 ff. Hier wie dort können Gründe für die Rückwirkung geltend gemacht werden. In beiden Fällen wird die Rückwirkung durch gewisse Uebergangsbestimmungen gemildert. In vorliegender Sache wird es zudem ins Belieben des Einzelnen gestellt, mit Hilfe der Amnestie die Rückwirkung sogar voll auszuschließen. Sicherlich kann aber dem Gesetzgeber kein Tadel erteilt werden, weil er seine mildernde Maßnahme mit dem Zwang zu rechtmäßigem Handeln verbunden hat.

K.

Wie diese mosaikartige Durchsicht der steuerrechtlichen Entscheidungen zeigt, besteht im allgemeinen selten Veranlassung zur Bejahung der Rückwirkung. Vielleicht hängt es, wie z.B. in BGE 61 I Nr. 12, mit der immer noch »anormalen« Zeitlage zusammen, daß

33 vgl. dazu auch Blumenstein: System, S. 200 ff.

34 vgl. BGE vom 27. 12. 1923 i. S. Zeh gegen Zürich, publ. im Lexikon für schweizerisches Steuerrecht von Ch. Robert und P. M. Ehrensberger, Bern 1932, S. 644 und 543.

35 BIZR 22 Nr. 163.

die Rückwirkung trotzdem häufig angeordnet wird. Dabei geht doch andererseits das Bemühen der modernen Steuerrechtslehre dahin, die steuerrechtlichen »Instrumente« zu verfeinern. Der richtig verstandene Grundsatz der Nichtrückwirkung wäre nun, wie der kurze Abriß der Praxis beweisen dürfte, ein gut brauchbares Mittel zur angestrebten »Veredelung« des Steuerrechts. Es ist daher sehr wünschenswert, daß ihm in Zukunft vermehrte Beachtung geschenkt werde.

LITERATURVERZEICHNIS ¹

- Adamovich L. Grundriß des Oesterreichischen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Wien 1948
- Affolter F. Das intertemporale Recht, Band I: Das intertemporale Privatrecht, I. Teil: Geschichte des intertemporalen Privatrechts, Leipzig 1902, II. Teil: System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechtes, Leipzig 1903, (zit. I u. II)
- Affolter Urs Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte, ZH Diss 1948
- Bergmann Fr. Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannover 1818
- Biert N. Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter, BE Diss 1933
- Binder J. Philosophie des Rechts, Berlin 1925
- Blumenstein E. Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung, Archiv 8, S. 61 ff
- System des Steuerrechts, Band I, Zürich 1945
- Böcking E. Pandekten des römischen Privatrechts . . . , Band I, Bonn 1853
- Böhlau H. Mecklenburgisches Landrecht, Weimar 1871, S. 398—412
- Bonnard R. Précis de droit administratif, 2ème ed., Paris 1935
- Bornemann W. Erörterungen im Gebiete des preussischen Rechts, Berlin 1855
- Bosshardt H. Die Eigentumsgarantie, ZH Diss 1930
- Braendle W. Die authentische Interpretation, Freib. Diss 1946
- Bremer J. Die authentische Interpretation, in E. Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Band II, 1858, S. 241 ff
- Bridel M. Sur les limites des libertés individuelles, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 99 ff
- Büchel H. Die Entstehung des schweizerischen Bundesstaates als Problem der Rechtskontinuität, ZH Diss 1951
- Burckhardt W. Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in der Festgabe für Fritz Fleiner, Tübingen 1927, S. 59 ff
- Methode** und System des Rechts, Zürich 1936
- Organisation** der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, Zürich 1944
- Christiansen C. Ueber erworbene Rechte, Kiel 1856
- Christ W. Die Genehmigung von Verordnungen der Exekutive durch die Legislative, ZH Diss 1945

¹ Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen

- Comment A. Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, in ZSR n. F. 57, S. 217a ff
- Curti E. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze, St. Gallen 1888
- De Purry J. J. De la publication des lois, Neuchâtel/Paris 1945
- Dernburg H. Pandekten, Band I, 5. Auflage, Berlin 1896, §§ 43/4
- Eisele Fr. Unverbindlicher Gesetzesinhalt, in Archiv für civilistische Praxis, n. F. Band 19, Freiburg 1886, S. 275 ff
- Eppler Fr. Quellen und Fassung des Codex iuris canonici, ZH Diss 1928
- Fleiner Fr. Ueber die **Umbildung** zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906
- Einzelrecht und öffentliches Interesse, in der Festschrift für P. Laband, Band II, Tübingen 1908, S. 1 ff
- Schweizerisches **Bundesstaatsrecht**, Tübingen 1923
- Institutionen** des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Zürich 1939
- Fleiner-Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- Fuchs A. Die Rechtsgeltung, in Band 22 der Wiener Staats- und Rechtswissenschaftl. Studien, Leipzig und Wien 1933
- Gabba C. F. Teoria della retroattività delle leggi, 4 Bände, Pisa 1868 bis 1874
- Geering W. Ueber die Anwendung von Steuergesetzen, in VSA 1928/29, S. 289 ff
- Gerber C. F. v. Ueber öffentliche Rechte, Tübingen 1852
- Giacometti Z. Ueber die **Grenzziehung** zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bger., Tübingen 1924
- Ueber die rechtliche **Tragweite** des Prinzips »Bundesrecht bricht kantonales Recht«, SJZ 1929/30, S. 292 ff
- Die **Verfassungsgerichtsbarkeit** des schweizerischen Bger., Zürich 1933
- Verfassungsrecht und **Verfassungspraxis** der schweiz. Eidgenossenschaft, . . . , in der Festgabe für Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 45 ff
- Das **Staatsrecht** der schweizerischen Kantone, Zürich 1941
- Das **Vollmachtenregime** der Eidgenossenschaft, Zürich 1945
- Die staatspolitische Bedeutung des neuen Tuberkulosegesetzes, Aufsatz in der Neuen Zürcher Zeitung vom 28. März 1949, Nr. 632
- Gierke O. Deutsches Privatrecht, Band I, Leipzig 1895

- Giesker-Zeller H. Die Grundprinzipien des Uebergangsrechtes zum ZGB, ZSR n. F. 34, S. 1 ff
- Göppert H. Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, in den Jahrbüchern für die Dogmatik, hg. von Jhering, Band 22, aus dem Nachlaß von Dr. Eck, Jena 1884
- Habicht H. Einwirkungen des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Auflage, Jena 1901
- Hatschek J. Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 5./6. Auflage, Leipzig 1927
- Hauriou M. Précis de droit administratif, 12. éd., Paris 1933
- Henrich W. Zur Theorie der Rechtskraft, im A. d. ö. R., n. F. 7, S. 329 ff
- Herrnritt R. H. Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921
- Heuberger J. Die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des schweizerischen Obligationenrechts, Brugg 1885
- His E. Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung der öffentlichrechtlichen Funktionen, ZSR n. F. 42, S. 22 ff
- Holzach R. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und expropriationsähnlicher Tatbestand, ZH Diss 1951
- Huber E. Recht und Rechtsverwirklichung, 1. Auflage, Basel 1921
- Huber H. Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 1936, Anhang (zit. Huber)
- Hüttner K. v. Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze, . . . , Wien und Triest 1817
- Hunzinger M. Probleme der Kontinuität der Besteuerung und der zeitlichen Zuordnung der Steuerfaktoren im Wehrsteuerrecht, Archiv 15, S. 113 ff, S. 177 ff
- Husserl G. Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925
- Imboden M. **Bundesrecht** bricht kantonales Recht, ZH Diss 1940
Der nichtige Staatsakt, Horgen 1944 (**Nichtigkeit**)
Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, SJZ 1944, S. 269 ff, 292 ff
Der Schutz vor staatlicher **Willkür**, Zürich 1945
Erfahrungen auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtsprechung, ZSR 1947, S. 1a ff
- Im-Hof A. Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, ZSR 1929, S. 231a ff
- Jebens A. W. lex ad praeterita trahi nequit, Verwaltungsrechtliche Aufsätze in Anlehnung an die Rechtsprechung des preussischen OVG, Berlin 1899, S. 264 ff

- Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Auflage, Freiburg i. B. 1892
- Jellinek W. **Gesetz**, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Berlin 1928
- Jèze G. Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, Tübingen 1913
- Les principes généraux du droit administratif, tome I, 13. éd., Paris 1925
- Kägi W. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
- Kant Im. Kleinere Geschichten zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik, hg. von K. Vorländer, Leipzig 1913
- Keel F. Juristische Terminologie nach schweizerischer Lehre und Praxis, Zürich 1939
- Keller H. Die Willkürbeschwerde, BE Diss 1944
- Kelsen H. **Hauptprobleme** der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, Tübingen 1923
- Allgemeine Staatsrechtslehre (**ASTL**), Berlin 1925
- Reine **Rechtslehre**, Wien 1934
- Kern Th. Das Dienstrecht des Bundespersonals . . . , BE Diss 1935
- Kirchhofer E. Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ZSR n. F. 58, S. 139 ff
- Koellreuter O. Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1938
- Kormann K. Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in Annalen des deutschen Reichs, Band 44 und 45, 1911 und 1912
- Laband P. Staatsrecht des deutschen Reiches, Band I, 4. Auflage, Tübingen 1901
- Lassalle F. Das System der erworbenen Rechte, 2 Bände, 1. Auflage, Leipzig 1861
- Loening E. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884
- Lukas J. Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, in der Festschrift für P. Laband, Band I, Tübingen 1908, S. 397 ff
- Marti H. Das **Verordnungsrecht** des Bundesrates, Zürich 1944
- Die Handels- und Gewerbebefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950 (zit. Marti)
- Mayer F. F. Grundsätze des Verwaltungsrechts, Tübingen 1862
- Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Auflage, Leipzig 1924

- Merkel A. Die **Unveränderlichkeit** von Gesetzen - ein normologisches Prinzip, Juristische Blätter 1917, S. 97 f, 109 ff
- Die **Rechtseinheit** des österreichischen Staates. Eine Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, A. d. ö. R., Band 37, S. 56 ff
- Die Lehre von der **Rechtskraft**, Leipzig-Wien 1923
- Allgemeines **Verwaltungsrecht**, Wien 1927
- Meyer Principes sur les questions transitaires, Amsterdam, 1813
- Meyer G. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, Leipzig 1893
- Mutzner P. Kommentar ZGB, Band V, Schl. Tit., I. Abschn., 2. Auflage, Bern 1926
- Nawiasky H. Allgemeine Rechtslehre, Einsiedeln 1941
- Nef H. **Gleichheit** und Gerechtigkeit, ZH Habil. schrift 1941
- Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR n. F. 61, S. 108 ff
- Oberle M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs, ZH Diss 1952
- Pfaff L. und Hofmann Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, Beilagen zum Kommentar, Band I, S. 112 ff und 361 ff, Wien 1877, vgl. dort S. 114—123 zit. weitere Literatur
- Pfeiffer B. W. Ueber die Anwendung des neuen Gesetzbuches auf früher begründete Rechtsverhältnisse, in Crome . . . Germanien, Zeitschrift für Staatsrecht, Band III, Heft 3, Nr. XVI, Gießen 1809
- Radbruch G. Rechtsphilosophie, 3. Auflage, Leipzig 1932
- Regelsberger F. Rückwirkung der Gesetze, in Holtzendorffs Rechtslexikon, Band III, 1., Leipzig 1881
- Pandekten, Band I, Leipzig 1893
- Ruck E. Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel an P. Speiser, Basel 1926, S. 22 ff
- Rüttimann J. Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Zürich 1867—1876
- Sander Fr. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1919/20, S. 132 ff
- Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, Berlin 1849
- Scheurl A. v. Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Band I, Erlangen 1853

- Schindler D. Werdende Rechte, in der Festgabe Fleiner, Tübingen 1927, S. 400 ff
- Der Kampf ums Recht in der neuern Staatsrechtslehre, in der Festgabe für den schweizerischen Juristentag, Zürich 1928, S. 43 ff
- Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3. Auflage, Zürich 1950
- Schmid R. Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena 1863
- Schmitt C. Verfassungslehre, München-Leipzig 1928
- Schulte J. Fr. Geschichte der Quellen und Literatur des kanon. Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart, Band II, Stuttgart 1875/80
- Sprecher v. Bernegg Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, BE Diss 1921
- Stier F. (Somlo) Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, Berlin 1900
- Stobbe O. Handbuch des deutschen Privatrechts, Band I, Berlin 1871
- Streuli A. Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte, ZH Diss 1922
- Struve G. v. Ueber das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit, Göttingen 1831
- Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 4. Auflage, Leipzig 1876
- Verdroß A. Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Juristische Blätter 1916, S. 471 ff
- Vogt E. Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, ZH Diss 1909
- Walz G. A. Die Ursprungsnorm des Staats- und Völkerrechts, A. d. ö. R. 1930, S. 1 ff
- Weber A. Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze, Hannover 1811
- Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, Frankfurt a. Main, 1. Auflage, 1862
- Wyß Fr. v. Ueber die Anwendung neuer Gesetze auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse, ZSR 1854, S. 124 ff
- Zetter H. Das Prinzip der Rechtsgleichheit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes, Heidelberger Diss 1908

PERIODIKA UND ENTSCHEIDSAMMLUNGEN

mit Abkürzungen

Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE)
Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes (BGE)
Archiv des öffentlichen Rechts (A. d. ö. R.)
Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Archiv)
Bericht der solothurnischen kantonalen Rekurskommission in Steuersachen
an den hohen Kantonsrat von Solothurn
Curti E., sämtliche Entscheide des Bger., Band I, (Curti)
Entscheidungen des App. gerichtes und der Gerichte 1. Inst., Kt. BS
Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden (Praxis GR)
Geschäftsbericht des Regierungsrates an den Zürcher Kantonsrat (RBRR)
Grundsätzliche Entscheide des solothurnischen Regierungsrates
Journal des Tribunaux
Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (MBVR)
Praxis des Bundesgerichtes, monatliche Berichte (Praxis)
Rechenschaftsbericht der Oberrekurskommission an den Zürcher Kantonsrat
(ORK)
Rekurspraxis des kleinen Rates des Kantons Graubünden
Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal (RDAF)
Schweizerische Juristenzeitung (SJZ)
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (ZBl)
St. Gallisches Verwaltungsrecht, resp. St. Gallische Verwaltungspraxis
Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (VEB)
Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung (VJS)
Vierteljahresschrift für schweizerisches Abgaberecht (VSA)
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV)
Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (BlZR)

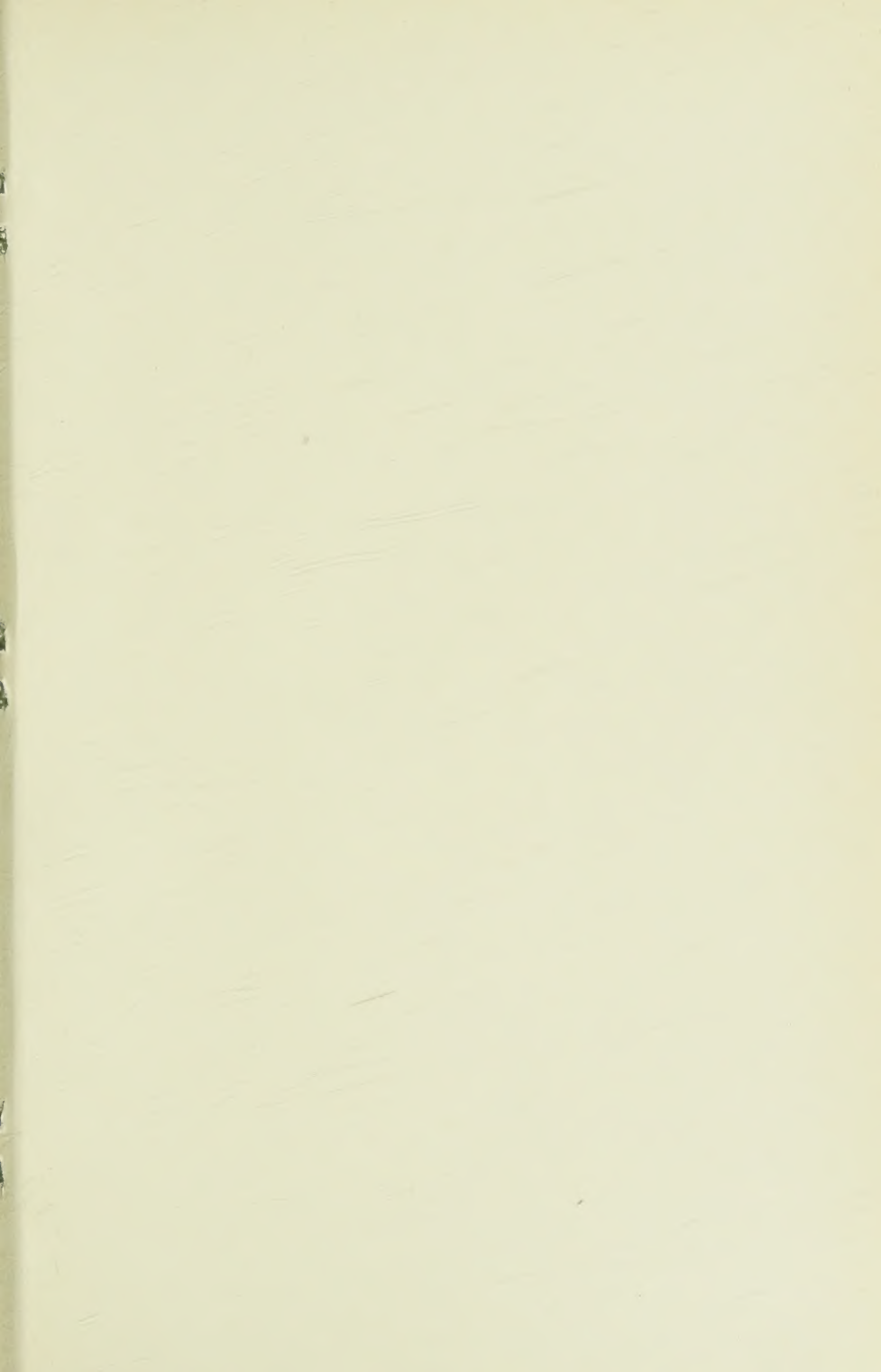
WEITERE ABKÜRZUNGEN

ALR Preussisches allgemeines Landrecht von 1794
ABGB Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch von 1811
AHVG BG über die Alters- u. Hinterlassenenversicherung vom 20. 12. 1946
BG Bundesgesetz
Bger. Schweizerisches Bundesgericht
OVG Oberverwaltungsgericht
Reg. Rat Regierungsrat
RRB Regierungsratsbeschluß
WRG BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. 12. 1916

Lebenslauf

Ich wurde am 10. März 1927 in Zürich geboren. Hier besuchte ich die Volksschule und das kantonale Gymnasium. Die Maturitätsprüfungen (Typus B) bestand ich im Herbst 1946. Nachdem ich mich ein Jahr praktisch betätigt und so auf das Studium vorbereitet hatte, immatrikulierte ich mich Ende 1947 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 1. November 1952 schloß ich mein Studium mit dem letzten Doktorexamen ab.

Zürich, 6. März 1953



Buchdruckerei M. Maier, Schlieren 1953